Handschenkung und Handkauf.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts= und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Albrecht Niecke
Referendar.

Liegnitz 1927.
Buchdruckerei Julius Jacob, Goldberg i. Schl.
Liegnitzerstraße 35.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staats-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau
Berichterstatter:
Oberlandesgerichtsrat Professor Dr. Schott

Literaturverzeichnis.

Bähr: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, 1883.
Bähr: Besprechung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 30, S. 386 ff.
Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht, 3 Bde., 1876, 1884, 1905, 1908.
Betzinger: Die Beweislast im Zivilprozeß mit besonderer Rücksicht auf das bürgerliche Gesetzbuch, 1910.
Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 32, S. 267 ff.
Bree: Der Handkauf, Dissertation, 1913.
Collatz: Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, 1899.
Collatz: Zur Theorie der Realgeschäfte und der ungerechtfertigten Bereicherung, 1911.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1922.
Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts, 1902.
Daubenspeck: Referat, Votum und Urteil, 1911.
Dernburg: Pandekten, 1912.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, 1915.
Dietrich: Handgeschäfte in Gruchots Beiträgen, Bd. 48, S. 219 ff.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1903.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1927.
von Gierke: Deutsches Privatrecht, 1917.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt, 1903.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts, 1886.
Ihering: Jurisprudenz des täglichen Lebens, 1892.
Kisch: Besprechung von „Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens" in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart von Grünhut, Bd. 29, S. 331 ff.
Kohler: Ueber das Konsensualdarlehn, im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 2. S. 211 ff.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1906.
Leonhard: Die Beweislast, 1926.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1914.
v. Meyerfeld: Lehre von den Schenkungen.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, 1888.

Neumond: Der Automat, ein Beitrag zur Lehre über die Vertragsofferte, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 89, S. 166 ff.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 1910.
Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.
Ring: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und seine Beurteiler, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 1, S. 203.
Rosenberg: Die Beweislast, 1923.
Schöninger: Leistungsgeschäft 1906.
Sohm: Vertragsschluß unter Abwesenden und mit einer persona incerta, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 17, S. 13 ff.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1926.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1912.
Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis, 1913.
Warneyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1921.
Wilutzky: Doppelseitige Realverträge als Massengeschäfte, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 27, S. 100 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1887.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (R.G.St.)
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (R.O.H.G.)

Inhaltsverzeichnis.

A. Einleitung: Die Begriffe „Handschenkung" und „Handkauf" und ihre streitige Stellung im Rechtssystem.

§ 1.

Handschenkung und Handkauf, auch Real-, Bar- und Naturalkauf beziehungsweise -schenkung genannt und von Dietrich [1]) mit dem Sammelbegriff „Handgeschäfte" bezeichnet, sind Rechtsgeschäfte, bei denen sich der Wille, den Rechtserfolg herbeizuführen, in der Ausführung dieses Willens zeigt.

Anders ausgedrückt: Handkauf ist unmittelbarer Austausch von Ware gegen Geld, während sich die Handschenkung als unmittelbare schenkweise Zuwendung ohne vorgängiges Leistungsversprechen darstellt.

Als „Stiefkinder der Wissenschaft" hat Wilutzky [2]) die Handgeschäfte bezeichnet und damit seine Stellungnahme in einem wissenschaftlichen Streite über die Rechtsnatur der Handgeschäfte dargetan, der sich einige Zeit vor Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuches erhob und bis heute nicht beigelegt ist. Sind die Handgeschäfte Real- oder obligatorische Rechtsgeschäfte, sind sie dem Kauf beziehungsweise der Schenkung nur wesensähnlich oder wesensgleich? Das ist der Kernpunkt der Streitfrage. Diese theoretische Kontroverse zeitigt ihre praktischen Folgen in dem Gebiete der Beweislast.

Die eine Meinung, die die Handschenkung und den Handkauf als besondere Rechtsverhältnisse gegenüber Kauf und Schenkung behandelt wissen will und sie für Realgeschäfte hält, sieht in der Einrede des auf Zahlung verklagten Käufers, es sei ein Handkauf abgeschlossen, ein Leugnen des Klagegrundes und kehrt die Beweislast um, d. h. der Kläger müsse im Gegensatze zur üblichen Beweislastregel beweisen, daß der Kauf nicht als Handkauf, sondern als Kauf im Sinne des § 433 BGB abgeschlossen worden sei; denn mit der Einrede des Handkaufs werde das Vorliegen eines vom gewöhnlichen Kaufe verschiedenen Rechtsverhältnisses behauptet. Für die Handschenkung gelte dasselbe, wenn man von der Formvorschrift des § 518 BGB absieht, die ja eine analog dem oben ausgeführten Vorbringen erhobene Klage illusorisch macht.

---

[1]) Dietrich in Gruch. Beiträgen Bd. 48, S. 219 ff

[2]) Wilutzky in Kohlers Arch. Bd. 27 S. 109

Die gegenteilige Ansicht lehrt, daß die Handgeschäfte in ihrer Wesenheit den ihnen zu Grunde liegenden Rechtstypen völlig gleich seien, daß sich also Handkauf und Handschenkung ebenso wie Kauf und Schenkung als obligatorische Verträge darstellten. Daraus folge für die Praxis, daß von einer Umkehrung der Beweislast keine Rede sein könne, diese vielmehr beim Beklagten verbleibe. Auf Grund von allgemeinen Erfahrungssätzen könne allerdings der Beweis des Beklagten vom Richter für erbracht angesehen werden, und es stehe dem Kläger frei, durch Gegenbeweis den Erfahrungssatz zu entkräften.

Diese letztere Meinung dürfte die richtige sein. Der Begründung für diese Behauptung sollen die folgenden Ausführungen dienen. Eingangs sei über die Anlage der Arbeit noch erwähnt, daß von einer streng getrennten Behandlung des Handkaufs und der Handschenkung abgesehen worden ist, um damit verbundene Wiederholungen zu vermeiden. Eine parallele Bearbeitung der beiden Rechtsgebilde erscheint vorteilhafter und auch richtiger, da Handschenkung und Handkauf, wie unten zu zeigen sein wird, sich als gleichartige Rechtsgeschäfte hinsichtlich ihrer Struktur darstellen.

I. Der Vertragscharakter des Kaufs und der Schenkung.

§ 2.

Bevor man daran geht, die Rechtsnatur des Handkaufs und der Handschenkung zu bestimmen, ist es unerläßlich, daß man sich über die Wesenheit der den Handgeschäften zu Grunde liegenden, sie umfassenden Rechtsgebilde, den Kauf und die Schenkung, im klaren ist.

Daß der Kauf, wie ihn der Gesetzgeber im § 433 BGB festgelegt hat, ein Vertrag und zwar ein obligatorischer Vertrag ist, dürfte unbestritten sein, und es erübrigen sich längere Ausführungen darüber. Anders ist es mit der Schenkung. Ihr wird nicht nur das schuldrechtliche Moment abgesprochen, sondern bedeutende Wissenschaftler wie Savigny[1]) und Dernburg[2]), auch v. Meyerfeld[3]) und Schöninger[4]) lehnen sogar ihre Vertragsnatur ab. Nach Savigny ist für die Schenkung vom logischen und systematischen Standpunkte unter den Begründungsakten der Obligationen kein Raum. Sie stelle sich vielmehr als „allgemeiner Charakter" dar, den die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen könnten; im allgemeinen Teil des

---

[1]) Savigny, System IV, § 160.

[2]) Dernburg, das bürgerl. Recht, § 205, S. 152.

[3]) v. Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen, § 6.

[4]) Schöninger, Leistungsgeschäft, 1906, S. 214 ff; dieser allerdings in anderer Richtung: Die Schenkung ist nur Leistungs-, nie Schuldgeschäft, das Schenkversprechen stets abstrakt.

Systems sei ihr Platz. Dernburg führt aus: „In der Tat ist die Schenkung innerhalb der gerade auf der Verschiedenheit der juristischen Gestalt beruhenden Klassifikation des Systems ein Fremdling überall. Darum kann die Schenkung trotz ihrer Wanderungen durch das System ihre Ruhe nicht finden. Ihre Stelle im BGB wie in den neueren Pandektenbüchern bildet einen Notbehelf".

Demgegenüber ist mit der herrschenden Meinung hervorzuheben, daß die Behandlung der Schenkung als Vertrag dem älteren deutschen wie auch dem römischen Recht entspricht, in die neueren Gesetzbücher übergegangen ist, so im ALR I 11 § 1037, 1058, Code civil art. 1105, und auch im BGB durchgeführt wird. Daraus, daß es zum Zustandekommen jeder Schenkung ihrer Annahme bedarf, ergibt sich, daß auf jede Schenkung die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung finden. Niemand braucht sich ein Geschenk aufdrängen zu lassen. Dies gilt auch, wenn eine in Schenkungsabsicht gemachte Zuwendung ohne den Willen des Begünstigten wirksam wird; z. B. Befreiung von einer Schuld durch deren Erfüllung (§ 362 BGB). Der Begünstigte kann die Schenkung ablehnen und ist damit grundlos bereichert, sodaß er das Zugewendete nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben muß. Doch gilt nach dem BGB, wenn der Schenker den Beschenkten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordert, das bloße Schweigen des Beschenkten bis zum Ablaufe der Frist als Annahme[1]). Zuwendung und Schenkungsakt (causa donationis) sind scharf zu trennen. Wer sie vermengt, wird zur Leugnung des Vertragscharakters der Schenkung verleitet. Daß die der Schenkung eigentümliche causa donationis die Schenkung in all ihren Erscheinungsformen sogar zum Schuldvertrage macht, wird später zu behandeln sein.

---

[1]) Endemann, Lehrbuch, S. 1026, Anm. 10, hält diesen „indirekten Annahmezwang" für unangebracht; es müsse, wie bei unbestellter Zusendung von Waren Schweigen als Ablehnung gelten. Man dürfe den Beschenkten nicht in die oft peinliche Lage versetzen, noch ausdrücklich ablehnen zu müssen. — Abgesehen davon, daß in der Praxis Schenkungen selten abgelehnt werden, erscheinen Endemanns Bedenken unbegründet. Ist eine Schenkung für den Beschenkten ehrverletzend, wird ihm eine ausdrückliche Ablehnung nicht peinlich sein. Wollte der Schenker jedoch nur aus edlen Motiven schenken, kann oder will der Beschenkte aus anderen Gründen nicht annehmen, dann ist eine indirekte Ablehnungspflicht keine ungerechte Belastung des Beschenkten. Schon der Anstand erfordert eine Erklärung. Eine Ablehnung durch „Sich ausschweigen" dürfte wenig taktvoll sein.

II. Die gegnerische Lehre von der dinglichen Rechtsnatur der Handschenkung und des Handkaufs zur Zeit der Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 3.

Seit der Zeit des römischen Rechts bis gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts hatte man wohl den Handkauf gekannt, ihm aber keine vom Kauf gesonderte rechtliche Behandlung zuteil werden lassen. Jetzt bildete sich eine Richtung in der Wissenschaft, die den Handkauf als besonderes Rechtsgeschäft ansah. So lehrte Bähr[1]): „Tagtäglich werden unzählige Rechtsgeschäfte in der Art abgeschlossen, daß Jemand in einen Laden tritt, dort eine Ware fordert, aussucht und gegen Erlegung des Preises mit sich nimmt. In Fällen dieser Art pflegt eine Quittung weder gefordert, noch gegeben zu werden, und von einem Gewohnheitsrechte, wonach hier eine Quittung begehrt werden dürfte, kann sicherlich nicht die Rede sein. Wie ist dies zu erklären? Wir pflegen solche Rechtsgeschäfte durchweg „Kauf" zu nennen, und die meisten Juristen werden von der Annahme ausgehen, daß auch bei Geschäften dieser Art ein Konsensualvertrag abgeschlossen, dieser aber dann von beiden Seiten sofort erfüllt werde.

In der Tat aber dürfte eine andere rechtliche Auffassung wohl begründet sein. Es würde unrichtig sein, diejenigen Rechtsgeschäfte, in welchen nach vorgängiger Verständigung Leistung gegen Leistung sofort ausgetauscht wird, stets in einen promissorischen Vertrag und dessen beiderseitige Erfüllung zu zerlegen. Vielmehr realisiert sich in Verhältnissen dieser Art das Rechtsgeschäft nur in dem Austausch der beiderseitigen Leistungen. Daß diesem Austausch eine gewisse Einigung vorausgeht über dasjenige, was man austauschen will, beweist nicht das Gegenteil. Denn diese Einigung würde dann zu einem selbständigen Vertrage werden, wenn in ihr ein selbständiger Verpflichtungswille zu tage träte. An einem solchen wird es aber in der Regel gänzlich fehlen. Keiner der beiden Kontrahenten will dem Gegner gegenüber irgend eine Verpflichtung eingehen, sondern jeder will nur Leistung gegen Leistung eintauschen, zu welchem Austausche die vorausgehende Einigung sich lediglich vorbereitend verhält.

Daß bei einem Geschäft dieser Art Nebenverbindlichkeiten (Gewährleistung für Mängel, Entwährung) nach den Grundsätzen des Kaufs eintreten, steht dieser Auffassung nicht entgegen. Wandten doch auch die Römer für den Tausch, der lediglich in der vorbezeichneten Weise sich vollzog (do ut des), in betreff

[1]) Bähr, Urteile des Reichsgerichts, S. 34.

dieser Nebenverbindlichkeiten die Grundsätze des Kaufs an. Man mag auch ein Rechtsgeschäft der fraglichen Art immerhin einen Kauf nennen; nur ist es kein Kauf, der als Konsensualvertrag selbständig Verbindlichkeiten erzeugt."

An anderer Stelle führt Bähr[1]) noch aus: „Wir haben also heute einen doppelten Begriff von Kauf: einen Kauf als obligatorischen Vertrag und einen Kauf als reellen Austausch von Ware und Geld. Daß diese verschiedenen Arten von Kauf manche Grundsätze, z. B. Gewährleistung gemeinsam haben, hindert nicht, anzuerkennen, daß es verschiedene Rechtsgeschäfte sind."

Hinsichtlich der Handschenkung vertritt Bähr denselben Standpunkt. Er schließt sich Savigny an, dessen Verdienst es sei, nachgewiesen zu haben, daß eine Schenkung auch ohne obligatorischen Vertrag durch Vergabung erfolgen könne. Es sei klar, daß ein obligatorischer Schenkungsvertrag niemals zustande gekommen sei, wenn man einem Bettler ein Almosen gebe. — Kohler's[2]) und Dernburgs[3]) Ausführungen folgen der Ansicht Bährs.

Windscheid[4]) deduziert hinsichtlich des Handkaufs folgendermaßen: Der Verkauf sei an und für sich weder das Versprechen einer Vermögensleistung noch eine Vermögensleistung selbst. Er sei vielmehr die Erklärung, daß man ein Stück aus seinem Vermögen ausscheide und in das Vermögen des Käufers setze. Reiche diese Erklärung zur Vermögensverschiebung aus, so sei der Kauf wirkliche Vermögensleistung; reiche sie nicht aus, so entstünde damit die Verpflichtung, zu der abgegebenen Erklärung zu stehen und das zu tun, was zur Verwirklichung der Vermögensverschiebung erforderlich sei. Entspreche jedoch der wirkliche Zustand der Erklärung sofort, so sei der Verkäufer zu nichts oder nur noch zu Nebenleistungen verpflichtet.

Hinsichtlich der Handschenkung vertritt Windscheid[5]) einen noch schärferen Standpunkt. Die Erklärung des Schenkungswillens gehe in den Fällen der Handschenkung weder zeitlich vorauf, noch begrifflich. Es werde z. B. Eigentum übertragen, nicht, weil geschenkt worden sei, sondern, um zu schenken. Da könne man schließlich auch sagen, daß in der Zahlung Eigentum übertragen werde zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit. — Eine verschiedenartige Behandlung der Handgeschäfte von Kauf und Schenkung lehnt Windscheid jedoch ab, kommt aber der gegnerischen Meinung im Ergebnisse nahe.

Getrennte rechtliche Behandlung der Handgeschäfte von Kauf und Schenkung, das war das Leitmotiv der Lehre, die in Bähr ihren eifrigsten Verfechter findet, und in den letzten

---

[1]) Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 30, S. 386.
[2]) Kohler, im Arch. f. bürg. Recht, Bd 2, S. 211.
[3]) Dernburg, Pandekten, Bd. 2, § 351, Anm. 3.
[4]) Windscheid, Pandekten 2, § 365, Anm. 18.
[5]) Windscheid, Pandekten 2, § 366, Anm. 1.

Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts die alte Anschauung von der konsensualen Rechtsnatur der Handgeschäfte über den Haufen zu werfen suchte.

III. Die Stellungnahme der Motive und Protokolle.

§ 4.

Der Gelehrtenstreit war hinsichtlich dieser Streitfrage umso heftiger entbrannt, als man damals daran ging, das bürgerliche Gesetzbuch aus der Taufe zu heben. Jede Richtung bemühte sich, der von ihr vertretenen Ansicht zum Siege, das hieß in diesem Falle zur Gesetzwerdung zu verhelfen. Vor allem stand der Handkauf vor der Handschenkung wegen der aus der Art seiner rechtlichen Behandlung sich ergebenden praktischen Folgen für die Beweislast im Vordergrunde des Interesses. Die dem Entwurf beigegebenen Motive trugen der neuen Richtung noch keine Rechnung: Den Handgeschäften wurde nach wie vor ihre obligatorische Rechtsnatur zugesprochen. So heißt es in den Motiven [1]): „Der Bewirkung der Uebergabe des Kaufgegenstandes liegt immer der obligatorische Kaufvertrag zugrunde. Auch wo die zum Abschlusse des Vertrages erforderliche Willensübereinstimmung sich unmittelbar und erst im Geben und Nehmen des Kaufgegenstandes manifestiert (sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 1082), involviert die Uebergabe des Gegenstandes die Erfüllung des gleichzeitig abgeschlossenen (gegenseitigen) obligatorischen Kaufvertrags."

Gegen diese Auffassung wendete sich Bähr mit seinen Anhängern von neuem, und in der zweiten Kommission stritt man heftig über die Rechtsnatur der Handgeschäfte, vornehmlich des Handkaufs und über die sich ergebenden Folgerungen für die Beweislast. Ueber die Verhandlungen geben die Protokolle wichtigen Aufschluß. Die Wiedergabe der dort vorgetragenen Ansichten ist der Vollständigkeit halber unerläßlich. Die Protokolle [2]) berichten:

Zu § 459 war ferner beantragt:

1. den 2. Absatz so zu fassen:
   Sofern die Zahlung des vereinbarten Preises und die Abnahme der gekauften Sache nicht schon beim Vertragsschlusse stattfindet, wird der Käufer verpflichtet, zum vertragsmäßigen Zeitpunkte den Preis zu zahlen und die Sache abzunehmen.
2. für den Fall, daß der Gedanke, welcher dem Antrag 1 zugrunde liegt, zum Ausdruck gebracht werden soll,

[1]) Motive, Bd. 2, S. 318.
[2]) Protokolle, Bd. 2, S. 54 ff.

an geeigneter Stelle, etwa am Schlusse der Vorschriften über den Kauf, nachstehende Bestimmung aufzunehmen:

Wird ohne vorherigen Kaufvertrag eine Sache gegen Geld ausgetauscht, so finden die Vorschriften über den Kauf insoweit Anwendung, als sie sich nicht auf die Verpflichtung der Parteien zur Uebergabe der Sache und Zahlung des Kaufpreises beziehen."

Dem Antrag waren folgende Motive beigegeben:

Der Antrag unterscheidet im Sinne von Bähr (Krit. Schr. 1888 Bd. 30, S. 386 bis 390; Gegenw. § 444) zwischen demjenigen Kaufvertrage, welcher sofort durch Zahlung des Preises und Abnahme der Ware vollzogen wird, und dem Kaufvertrage auf Kredit. Der Unterschied zwischen beiden Fällen hat keine praktische Bedeutung hinsichtlich der Abnahme der Sache, dagegen wohl für die Beweislast hinsichtlich der Frage, ob der Preis gezahlt sei oder nicht. Bei Kaufgeschäften, bei welchen Abschluß und Vollziehung zusammenfällt pflegt keine Quittung über Zahlung des Preises ausgestellt, zu werden. Wird nun nachträglich darüber gestritten, ob der Preis gezahlt sei oder nicht, und erklärt der auf Zahlung des Preises verklagte Käufer, „Ich habe gekauft, aber auch sofort bezahlt," so ist die Wirkung dieser Einlassung eine andere nach dem Entwurfe, eine andere nach dem vorliegenden Antrage. Nach dem Entwurfe wird man annehmen müssen, daß der Käufer das Klagefundament (den Kaufvertrag) zugestanden habe, daß die von ihm seinem Geständnisse hinzugefügte Behauptung, „ich habe sofort bezahlt" ein selbständiges Verteidigungsmittel sei, welches nach der Z. P. O., § 262, Abs. 1 die Wirkung des Geständnisses nicht beeinträchtige, daß er somit die Zahlung zu beweisen habe; da er hierzu beim Mangel einer Quittung regelmäßig nicht imstande ist, wird er verurteilt. Anders nach dem vorliegenden Antrage, welcher aus dem Kaufvertrage nur dann eine Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung entstehen läßt, wenn nicht schon beim Kaufe der Preis bezahlt ist.

Der Entwurf läßt aus dem Kaufvertrage immer eine Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung entstehen, auch wenn sofort bar bezahlt wird. Diese Konstruktion einer Verbindlichkeit, die in ein und demselben Augenblick entsteht und erlischt, mithin niemals wirklich bestanden hat, ist ein innerer Widerspruch. Sie ist aber nicht bloß begrifflich falsch, sondern führt auch in der Praxis, wie das angegebene Beispiel zeigt, zu gefährlichen und ungerechten Ergebnissen.

Die Kommission lehnte beide Anträge (gegen 2 Stimmen) ab.

Während von einer Seite die Auffassung der Motive (II S. 318) vertreten wurde, daß auch beim Handkaufe immer eine obligatorische Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises und zur Uebergabe der Sache vorliege, die in dem Geben und Nehmen von Ware und Geld gleichzeitig eingegangen und erfüllt werde, gingen die übrigen Redner in Uebereinstimmung

mit dem Antragsteller zu 1 davon aus, daß der obligatorische Kaufvertrag und der Handkauf inhaltlich verschiedene Geschäfte seien, nur daß bei letzterem von der Erfüllung einer Verpflichtung zur Uebergabe bezw. Zahlung nicht die Rede sein könne.

Ueber die theoretische Auffassung des Handkaufs und die aus dieser hinsichtlich der Beweislast zu ziehenden Folgerungen bestand jedoch keineswegs Einverständnis. Von einer Seite wurde geltend gemacht:

Durch Geben und Nehmen von Sache und Geld vollziehen sich beim Handkaufe zwei dingliche Verträge, zugleich aber auch ein dritter Vertrag, der jeden Teil verpflichte, sich so behandeln zu lassen, wie wenn die Sache als Kaufsache und das Geld als Kaufpreis gegeben worden sei; hieraus können sich dann wieder obligatorische Verpflichtungen insbesondere die Haftung für Eviktion ergeben. Um eine begriffliche Verschiedenheit handele es sich aber nicht. Deshalb dürfe hinsichtlich der Beweislast ein Unterschied zwischen dem obligatorischen Kaufvertrage und dem Handkaufe nicht gemacht werden. In beiden Fällen werde vom Kläger ein Kaufgeschäft geltend gemacht, die Verteidigung des Beklagten enthalte keine verneinende Einlassung, der Beklagte müsse daher die Zahlung des Preises beweisen. Dieses Ergebnis sei weder unbillig, noch für den Verkehr gefährlich, da der Käufer nach den zu § 269 gefaßten Beschlüssen (Bd. 1, S. 338, 339) Quittung fordern könne, wo sein Interesse dies verlange, im übrigen aber der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ihm zur Seite stehe. Eine andere Auffassung ging dahin:

Wie bei der Schenkung so liege auch beim Kaufe die Eigentümlichkeit in der causa, die auf verschiedene Weise verwirklicht werden könne; durch vorgängigen Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages oder durch bloßes Geben und Nehmen ohne Abschluß eines Kaufvertrages. Der Entwurf der im § 459 nur den Fall des Kaufvertrages behandle, habe die Fälle, in welchem ein solcher Vertrag nicht errichtet sei, der Analogie überlassen. Es werde einem Zweifel nicht unterliegen, daß die Vorschriften, welche in der vorgängigen obligatorischen Verpflichtung ihren Grund haben, auf den Handkauf keine Anwendung finden können, daß dagegen die Vorschriften, welche lediglich in der Entgeltlichkeit der causa sich gründen, wie die Haftung für Entwährung und Mängel, auch für den Realkauf gelten müssen. Die Verschiedenartigkeit der Gestaltung könne jedoch auch auf die Beweislast nicht ohne Einfluß sein. Die Behauptung des Handkaufs enthalte das Bestreiten der Uebernahme der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises.

Von dritter Seite war die Ansicht vertreten worden, der reale Kauf sei ebenso wie die reale Schenkung nach der Natur des Geschäfts zunächst weder obligatorisch, noch nicht obligatorisch, trage aber die Fähigkeit in sich, eine Obligation auf

demnächstige Verwirklichung der causa zu erzeugen; deshalb entstehe aus dem Handkaufe die Verpflichtung zur Gewährleistung. Der Handkauf sei nicht ein Kaufvertrag, sondern ein anderer, auf Veräußerung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichteter Vertrag im Sinne des § h zu den §§ 370 bis 380 (Bd. 1, S. 668) und des § ee zu dem § 381 bis 411 (ebenda S. 748). Handele es sich sonach um begrifflich verschiedene Geschäfte, so sei die Behauptung des Beklagten, einen Handkauf abgeschlossen zu haben, Leugnung der Eingehung eines Kaufvertrages.

Für die beschlossene Ablehnung der Anträge waren folgende Erwägungen maßgebend.

Der Entwurf behandle im § 459 zunächst nur den obligatorischen Kaufvertrag. Die Frage, ob der Handkauf ein obligatorischer Kaufvertrag sei, bleibe offen. Auch der Frage der Beweislast werde durch den Entwurf nicht vorgegriffen. Wer im Handkauf ein begrifflich verschiedenes Geschäft erblicke, sei nicht gehindert, die Behauptung des Beklagten, daß Geschäft sei ein Handkauf gewesen, als Leugnung der Eingehung eines Kaufvertrages (im Sinne des § 459) aufzufassen. Dann finde nicht der Absatz 1, sondern der Absatz 2 des § 262 Z. P. O. Anwendung. Die in diesem Satze enthaltene Vorschrift aber nötige nicht dazu, dem Käufer den Beweis der Zahlung aufzubürden, wenn auch das in der deutschen Jurisprudenz vorherrschende Bestreben, das Geständnis soweit als möglich zu teilen, im einzelnen Falle den Käufer gefährden möge. Jedenfalls empfehle es sich, die Austragung dieser zur Zeit noch sehr flüssigen Fragen der Wissenschaft und Praxis zu überlassen, zumal es sich um Fragen allgemeinerer Natur handle, die nicht bloß beim Kaufe, sondern auch bei anderen Veräußerungsgeschäften sich erheben. Gegen die Aufnahme einer Sondervorschrift über die Beweislast sprächen dieselben Gründe, die zur Streichung der allgemeinen Regel des § 196 (Bd. 1 S. 262) geführt haben.

Der § 459, um den es sich hier handelt, ist dann als § 433 Gesetz geworden. Die Fassung des § 433 ist hinreichend bekannt, als daß sie hier noch angeführt werden müßte. —

Ein wenig befriedigendes Ergebnis für den Handkauf: Eine gesetzliche Regelung unterbleibt, und die Lösung der Streitfrage wird der Wissenschaft und Praxis überlassen.

Anders bei der Handschenkung. Sie soll neben dem Schenkungsversprechen Anerkennung und gesetzlichen Niederschlag finden. Eine genaue Festlegung ihrer Rechtsnatur und ihrer Stellung zum Schenkungsversprechen bringen weder die Motive[1]) noch die Protokolle[2]). Die Auffassung vom obligatorischen Charakter der Handschenkung scheint jedoch vorherrschend zu sein, ja die Handschenkung wird offensichtlich als

[1]) Motive II, S. 288.
[2]) Protokolle II, S. 6.

die im Schenkungssystem wichtigere Erscheinungsform vor dem Schenkungsversprechen gewürdigt. Kauf und Schenkung scheinen somit getrennten Rechtsschicksalen hinsichtlich ihrer Struktur entgegenzugehen.

IV. Handschenkung und Handkauf, keine dinglichen, sondern obligatorische Rechtsgeschäfte.

1. Handschenkung und Handkauf im bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 5.

Was die Protokolle voraussagten, hat das BGB tatsächlich gebracht. Der Handkauf ist in ihm nicht festgelegt. Anders die Handschenkung; sie hat neben dem Schenkungsversprechen ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden (§§ 516, 518 BGB). Liegt dieser zwiefachen Behandlungsweise eine Absicht des Gesetzgebers zugrunde, oder verfährt er konstruktionslos?[1]) Das Gesetz selbst gibt keine positive Auskunft. Der Streit über die Rechtsnatur der Handgeschäfte war somit durch das BGB nicht beigelegt worden; Wissenschaft und Praxis blieb es tatsächlich auch weiterhin überlassen, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen[2]).

2. Die Handschenkung.

a) Die jüngere gegnerische Meinung.

§ 6.

Zunächst die Handschenkung! Im § 2 dieser Ausführungen ist die Vertragsnatur der Schenkung nachgewiesen worden. Sie erhellt, um es noch einmal zur wiederholen, aus der Annahmepflicht. Daß sie aber auch ein Schuldvertrag ist, bedarf noch des Nachweises. Erscheint die Schenkung in der Form des Schenkungsversprechens (§ 518 BGB), dann stellt sie sich als obligatorisches Rechtsgeschäft dar. Darüber herrscht kein Streit.

Nun aber zur Handschenkung! Ist sie auch ein obligatorisches Rechtsgeschäft oder ein Realgeschäft?

---

[1]) Vergl Eckstein, das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur „Realschenkung", im Arch. ziv. Prax. Bd. 107, 384 ff.

[2]) Bree, der Handkauf, Diss. Greifswald, S. 83, sieht in dieser zwiefachen Behandlung einen Beweis für die obligatorische Rechtsnatur des Handkaufs. Er faßt die Handschenkung offenbar deswegen, weil sie neben dem Schenkungsversprechen gesetzlich geregelt ist, als ein dingliches Rechtsgeschäft auf. Der Handkauf stehe aber nicht im Gesetze; folglich spreche die Vermutung dafür, daß er obligatorischer Natur sei. — Eine Art der Beweisführung, die wenig befriedigt. Die folgenden Ausführungen sollen auch zeigen, daß dieser Beweis kein Beweis ist.

Daß die Richtung in der Wissenschaft[1]), die den Vertragscharakter der Schenkung verneint, das obligatorische Moment bei der Handschenkung erst recht ablehnen muß, ist einleuchtend. So sagt Dernburg[2]) z. B.: „Endemann freilich will die Schenkung ohne Ausnahme als obligatorischen Vertrag auffassen. Verpflichte ich mich also zu einer Leistung — § 241 — wenn ich einem Bedürftigen ein Zwanzigmarkstück gebe? Worin soll die Verpflichtung bestehen? Man hat behauptet, der Schenker verpflichte sich in jedem Falle, den Gegenstand der Zuwendung dem Empfänger zu lassen. Aber die Pflicht, einem andern das Seine zu lassen, ist eine Folge seines Eigentums und begründet kein besonderes Schuldverhältnis".

Die gegnerische Meinung, die in der Schenkung kein einzelnes Rechtsgeschäft, sondern einen „allgemeinen Charakter" erblickt, sieht in der Willenseinigung über den Schenkungszweck keinen Schuldvertrag, sondern nur das Einverständnis über eine „besondere rechtliche Färbung des Zuwendungsgeschäftes"[3]). So sagt z. B. Kohler[4]): „Wenn jemand einen andern in Bereicherungsabsicht bereichert, so wird dies zur Schenkung, sobald der Bereicherte seine Zustimmung gibt, welche Zustimmung allerdings vom BGB nicht ganz zutreffend als Annahme bezeichnet ist, § 516. Durch Bereicherung nun entsteht bereits ein festes Recht oder doch ein tatsächlich vollendeter Zustand, z B.: A zahlt die Schulden des B und befreit ihn dadurch, oder A macht Verwendungen auf die dem B gehörige Sache.

Wenn nun hier eine Zustimmungs- oder Annahmeerklärung des Beschenkten hinzutritt, so ist dies nicht etwas, was die Rechtslage zum Recht erhebt, sondern eine Rechtshandlung, welche dem bereits vollendeten Rechte eine neue Richtung gibt."

Daß die Handschenkung ein Schuldvertrag sei, wird aber auch von Gelehrten abgelehnt, die der Schenkung die Vertragsnatur zubilligen. So schreibt Enneccerus[5]): „Die Schenkung liegt bei den promissorischen Schenkungen schon in der Begründung der Verpflichtung. Daraus darf man aber nicht folgern, daß auch die ohne vorgängiges Versprechen vollzogene Schenkung z. B. die Handschenkung durch Uebergabe einen obligatorischen Vertrag enthalte. Das entspricht weder der vermeintlichen Absicht der Parteien, noch der Sachlage. Wer Geld verschenkt, das sich später als unecht erweist, braucht nicht echtes zu leisten. Anders allerdings beim Handkauf, aber nur wegen der Entgeltlichkeit".

b) Die Zuwendung und die causa donationis.

§ 7.

Um die Rechtsnatur der Handschenkung festlegen zu können,

---

1) Vergl. Bree, S. 5.
2) Dernburg, das bürgerl. Recht, § 205, S. 152.
3) v. Gierke, Deutsches Privatrecht, § 191, S. 415.
4) Kohler, Lehrbuch, Bd. 1, § 245, II. S. 551 ff.
5) Enneccerus, Lehrbuch, § 343, Anm. 2.

ist es, wie bereits im § 2 dieser Ausführungen angedeutet wurde, erforderlich, daß Zuwendung und Schenkungsakt streng voneinander geschieden werden. Die Trennung dieser beiden Momente birgt die Lösung der Frage in sich. Die gegnerische Meinung, die in der Schenkung einen „allgemeinen Charakter" sieht, hat ihr Augenmerk nur auf die Zuwendung gerichtet und dem Schenkungsakt, der causo donationis, keine oder zu geringe Beachtung geschenkt, oder besser gesagt, beide Momente wurden vermengt und letzteres von ersterem aufgesogen. Savigny und seine Anhänger sehen nur noch die Mannigfaltigkeit der Zuwendungsmöglichkeiten; die causa donationis, die aber die Zuwendung erst zur Schenkung macht, ist außer acht gelassen oder zu gering bewertet worden. Die Zuwendung selbst stellt sich allerdings nicht als ein Schuldvertrag dar. Sie ist meistens dinglicher oder quasidinglicher Natur, braucht überhaupt kein Rechtsgeschäft zu sein; man denke z. B. an die Unterlassung der Erhebung eines Wechselprotestes. Es steht auch außer allem Zweifel, daß sich die Zuwendung an sich als selbstständiges Recht konstituieren kann, falls ihre Gültigkeitsbedingungen erfüllt sind, z. B. Auflassung und Eintragung. Insoweit ist Kohlers obigen Ausführungen zuzustimmen. Zieht man nun noch die vielen Möglichkeiten heran, in denen eine Zuwendung erscheinen kann, so gewinnt die gegnerische Meinung vom „allgemeinen Charakter" der Schenkung viel für sich.

Ist damit aber der Begriffsbestimmung der Schenkung Genüge getan? Endemann[1]) weist hier den richtigen Weg, indem er sagt: „Zur Erkenntnis der Eigenart des Schenkungsvorganges ist von der Zuwendung als einem abstrakten Veräußerungsgeschäft zurückzugehen auf die Rechtsgrundlage der Vermögensübertragung. Das Gesetz begnügt sich nicht mit der Feststellung, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Es erheischt außerdem, daß dieser Rechtszweck in allen Fällen durch einen obligatorischen Vertrag verlautbart werde. Von dieser Auffassung aus stellt das BGB die Schenkung in die Reihe der typisch bestimmten Schuldverträge. Schenkung ist das auf Bereicherung des Vertragsgenossen gerichtete obligatorische Kausalgeschäft für den die Zuwendung bewirkenden dinglichen Vertrag". Ein Beispiel: A bezahlt die Schulden des B dem C, ohne daß B etwas davon weiß. Die Zuwendung ist wohl wirksam vollzogen; denn die Schuld ist beglichen. Ist sie aber eine rechtsbeständige Schenkung geworden? Damit sie eine solche werde, müssen A und B nachträglich noch vereinbaren, daß diese Zuwendung eine Schenkung sein solle; d. h. B muß annehmen. Lehnt er ab, so entbehrt die Zuwendung der erforderlichen causa; sie unterliegt den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Ist also eine Schenkung ohne die causa donationis

[1]) Endemann a. a. O., § 164, S. 1024.

überhaupt denkbar? Fehlt die causa, bewendet es bei dem Zuwendungsakte. Die causa donationis bläst ihm gewissermaßen erst den Atem ein und macht ihn zu dem Rechtstyp „Schenkung". Jede Erscheinungsform der Schenkung bedarf der causa, um Schenkung zu sein; auch die Handschenkung. Hier sei Crome[1]) zitiert: „Wir sahen schon, daß eine Zuwendung für sich allein nichts real Existierendes ist, daß sie vernünftigerweise nur denkbar ist in Verbindung mit einem Zweck, der durch die Zuwendung erreicht werden soll. Hier ist der Zweck die unentgeltliche Vermögensbereicherung des Empfängers, wie es beim Kauf die Erlangung des Entgelts war. Danach ist die Schenkung ein besonderes Geschäft wie dieser."

Daß auch die jüngste Praxis die hier vertretene Ansicht teilt, zeigt eine Entscheidung des Reichsgerichts,[2]) in der es u. a. heißt: „Die obigen Ausführungen enthalten insofern einen Widerspruch, als einerseits eine Schenkung angenommen und andererseits doch ein Kausalgeschäft für die dingliche Eigentumsübertragung verneint wird. Eine Uebereignung braucht ihren Rechtsgrund nicht in einem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft zu finden. Bei der ohne vorgängiges Versprechen vollzogenen Schenkung, der sogen. Handschenkung oder Realschenkung übernimmt der Schenker keinerlei Verpflichtung. Aber auch bei ihr liegt in der nach § 516 BGB zum Begriff der Schenkung erforderlichen Einigung der Beteiligten darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolge, ein schuldrechtlicher Vertrag in dem Sinne vor, daß die Einigung den Rechtsgrund schafft, der die durch die Zuwendung bewirkte Bereicherung schuldrechtlich rechtfertigt. Diese Einigung kann beiderseits stillschweigend erklärt werden."

Als Ergebnis der bisherigen Ausführungen dieses Abschnittes sei zusammenfassend festgestellt: Jede Erscheinungsform der Schenkung bedarf, um Schenkung zu sein, der causa donationis, die sich als ein den verschiedensten Arten von Zuwendungen innewohnender gleichartiger Schuldvertrag darstellt.

c) Die Obligation in der cansa donationis.

§ 8.

Wenn nun jeder Schenkung die causa donationis als Schuldvertrag innewohnen soll, so knüpft sich sofort die Frage daran: Wie tritt aber dieser Schuldvertrag in Erscheinung, wodurch beweist er sein Rechtsdasein?

Ein jeder Schuldvertrag enthält ein Versprechen. Was wird bei der Handschenkung versprochen? Wozu verpflichte ich mich, wenn ich dem Bettler ein Almosen gebe? Mit Recht hebt Endemann[3]) hervor, daß das Doppelerfordernis eines

---

[1]) Crome, System, § 230, S. 504.
[2]) R. G. 111, S. 151.
[3]) Endemann, a. a. O., § 164, Anm. 8.

obligatorischen und dinglichen Vertrages oft seltsam anmute. In dieser scheinbar unglücklichen Konstruktion sieht auch die gegnerische Meinung hinreichenden Beweis für ihre Lehre von der nur dinglichen Rechtsnatur der Handschenkung.

Man sagt, das schuldrechtliche Moment bei der Handschenkung offenbare sich in der Gewährleistungspflicht des Schenkers. So schreibt Oertmann[1]): „Daß der Schenkungsvertrag ein Schuldvertrag sei, ist für die Fälle des Schenkungsversprechens klar, aber auch bei der Realschenkung zeigt es sich deutlich wegen der damit verbundenen Gewährschaftshaftung für rechtliche und tatsächliche Mängel, die zwar abgeschwächt, aber keineswegs beseitigt ist". Aehnlich auch Endemann[2]) und Dietrich[3]).

Wenn es schon wenig glücklich erscheint, von einer „abgeschwächten" Gewährleistungspflicht zu reden, so dürfte der Versuch, das schuldrechtliche Moment in einer Rechtsverschaffungspflicht zu sehen, gänzlich fehlschlagen. Das hat Oertmann[4]) auch anerkannt, wenn er ausführt: „Die Frage freilich, ob der Schenker auf Rechtsverschaffung dann hafte, wenn die Realschenkung den Beschenkten — etwa nach § 935 — nicht hat zum Eigentümer machen können, wird meist verneint. Ganz zweifellos ist diese Verneinung nicht, § 523 beschränkt nur die Ersatzhaftung, während er von der Frage der Verschaffungspflicht nicht ausdrücklich redet, und daß beide nicht identisch sind, ergibt das Beispiel der Gewährleistung des Verkäufers für Sachmängel. Immerhin überwiegen die für die Verneinung sprechenden Gründe; ihr wichtigster ist der, daß der arglistige Schenker wegen eines Rechtsmangels zwar haftet, aber nur für das negative Interesse."

Gelingt es einen anderen Beweis für das Rechtsdasein der causa donationis zu führen, als ihn in Rechtsverschaffungspflicht und Gewährschaftshaftung zu sehen, so dürften die gegnerischen Einwände, die sich fast ausschließlich nur gegen die eben vorgetragene Konstruktion richten, hinfällig werden; so auch das von Enneccerus entgegengestellte Argument von der Nichthaftung aus einer Handschenkung, bei der unechtes Geld übereignet wurde.

Diesen „anderen" Beweis hat von Gierke[5]) unwiderleglich erbracht. Er lehrt: „Der Schenker verspricht freilich nicht, wie der Verkäufer Rechtsverschaffung oder Brauchbarkeit der hingegebenen Sache; er übernimmt keine Gewährleistungspflicht. Allein er verspricht, die aus seinem Vermögen stammende Bereicherung, obwohl er für sie kein Entgelt empfängt, so lange nicht herauszufordern, als sie durch den Schenkungszweck ge-

[1]) Oertmann, Kommentar, Vorbem. zu § 516.
[2]) Endemann, a. a. O.
[3]) Dietrich, in Gruch. Beitr., Bd. 48, S. 222.
[4]) Oertmann, a. a. O., Vorbem. zu § 516.
[5]) von Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd., § 191.

rechtfertigt wird. Dieses Versprechen hat deshalb rechtliche Bedeutung, weil der Erwerb aus Schenkung einen schwächeren Rechtsgrund darstellt als der entgeltliche Erwerb. Der Schenker verpflichtet sich einerseits, die Schenkung als ausreichenden Grund für das Haben des Beschenkten gelten zu lassen. Er will aber andererseits hierzu nur nach Maßgabe der Tragweite des Schenkungszweckes verpflichtet sein und behält sich daher vor, die Bereicherung des Beschenkten als ungerechtfertigt zu behandeln, sobald Umstände eintreten, die den Rechtsgrund einer derartigen Bereicherung entkräften.

Auch der Beschenkte geht mit der Annahme der Schenkung eine schuldrechtliche Verpflichtung ein. Dies gilt selbstverständlich bei einer Schenkung mit Auflage. Es gilt aber bei jeder Schenkung insoweit, als der Beschenkte, indem er die Zuwendung als Geschenk entgegennimmt, verspricht, den Rechtsgrund seines Habens in der Freigebigkeit des Schenkers und nur in ihr zu erkennen und darum auf Verlangen des Schenkers die Bereicherung als ungerechtfertigt herauszugeben, sobald sie durch den Schenkungszweck nicht mehr gerechtfertigt ist".

Eine Erläuterung dieser klaren und feinsinnigen Erkenntnis v. Gierkes dürfte überflüssig sein. Crome[1]) hat sie in treffender Weise in den Ausdruck „zu der vollzogenen Zuwendung zu stehen", zusammengedrängt.

Daß diese Auffassung von der Wesensart der Schenkung die richtige ist, bestätigt die Geschichte des Schenkungsrechts. Hier sei nur auf die Ausführungen von Gierkes[2]) und die dort zitierte Literatur verwiesen.

Fassen wir also zusammen: Nicht in Rechtsverschaffungspflicht oder Gewährschaftshaftung, sondern in dem Versprechen des Schenkers einerseits, die Schenkung als ausreichenden Grund für das Haben des Beschenkten gelten zu lassen, und des Beschenkten andererseits, als Rechtsgrund seines Habens nur die Freigebigkeit des Schenkers anzusehen, das Geschenkte also gegebenenfalls wieder herauszugeben, offenbart sich die causa donationis. Fügt man nun noch einmal das bereits im vorigen Abschnitt gewonnene Ergebnis hinzu, daß keine Schenkung ohne die ihr innewohnende causa donationis gedacht werden kann, so ist der Beweis zweifelsfrei erbracht, daß sich die Handschenkung als ein Schuldvertrag darstellt.

3. Der Handkauf.

a) Die jüngere gegnerische Meinung.

§ 9.

Nun zum Handkauf und damit zu dem Versuch des Nach-

[1]) Crome, a. a. O., § 130, Anm. 15.
[2]) v. Gierke, a a. O., § 191, III.

weises, daß dieser parallel zur Handschenkung ebenfalls ein obligatorisches Rechtsgeschäft ist. Nach dem Erscheinen des BGB setzte sich der von Bähr entfachte Gelehrtenstreit über die Rechtsnatur der Handgeschäfte auch in der neueren Literatur fort. So vertrat Dernburg[1]) nach wie vor seine Auffassung von dem rein dinglichen Charakter des Handkaufs. In der Regel handle es sich zwar bei Kauf und Tausch um die Uebernahme gegenseitiger obligatorischer Verbindlichkeiten, doch sei kein Grund ersichtlich, warum ein bloßes Realgeschäft — Handkauf —, wenn die Absicht der Parteien darauf gehe, nicht anerkannt werden solle. Solche Absicht liege z. B. beim Marktverkehr, Hausierhandel, Briefmarkenkauf vor. Dernburg zieht vor allem den Automatenkauf heran und meint, von einem Vertragsschluß über Annahme von Verbindlichkeiten zwischen dem Aufsteller des Automaten und dem Benutzer könne keine Rede sein. Der Kauflustige werfe vielmehr nur das Geld ein, der Automat die Ware aus. Ebenso deduziert Matthias[2]): „Ist daneben (gemeint ist der Konsensualkauf des § 433) noch der Handkauf zu unterscheiden? Die Intention der Parteien geht auf sofortigen Umsatz von Preis und Ware, nicht auf hierauf bezügliche Verpflichtung, und zwar auch dann nicht, wenn eine Einigung der Parteien über die auszutauschenden Objekte voraufgehen sollte. Das Geschäft ist ein vom Konsensualkaufvertrage verschiedenes Geschäft.“ Zu demselben Ergebnis gelangen Wilutzky[3]) und Dietrich[4]), letzterer sogar unter Anerkennung der schuldrechtlichen Vertragsnatur des Handkaufs. Auf die auch von diesen Autoren vorgebrachten Argumente wird an den einschlägigen Stellen in der folgenden Abhandlung eingegangen werden.

b) Die Unmöglichkeit einer scharfen Trennung von Handkauf und Konsensualkauf.

§ 10.

Handkauf und Konsensualkauf. zwei völlig verschiedene Rechtsgeschäfte; darin gipfelt kurz gefaßt die gegnerische Lehre. Daß sie sich damit zunächst mit der Praxis des Lebens in scharfen Gegensatz bringt, hebt Ring[5]), der sich besonders gegen Bährs neue Theorie wendet, hervor: „Der zu § 459 entwickelten Unterscheidung zwischen dem Kauf als obligatorischem Vertrage und als reellem Austausch von Geld und Ware kann diesseits nicht gefolgt werden. Auf die Dauer des obligatorischen Bandes kommt es doch nicht an. Werden etwa begrifflich verschiedene Geschäfte abgeschlossen, wenn der Käufer erklärt: „Geben Sie mir zwei Flaschen Wein“ und das Geld

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, § 167, III.
[2]) Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 110.
[3]) Wilutzky, in Kohlers Arch., Bd. 27, S. 100 ff.
[4]) Dietrich, in Gruch. Beitr., Bd. 48, S. 219 ff.
[5]) Ring, in Arch. für bürgerlichen Recht, Bd. 1. S. 203.

hinhält, sich aber gleich darauf verbessert: „Schicken Sie mir den Wein lieber nach Hause" und das Geld wieder einsteckt? Dieses Beispiel Rings läßt die Frage auftauchen: Wo ist die Grenze zwischen Konsensualkauf und Handkauf zu ziehen, ist überhaupt eine scharfe Scheidung möglich?

Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, einen Blick in die Geschichte des Kaufes zu tun und ihn vor allem in seinen Uranfängen zu studieren.

Am Anfang aller Rechtsentwicklung stand der Tausch. Man gab das, was man entbehren konnte, hin für das, was man verlangte. Dem Tausch folgte der Handkauf. Man gab res gegen pecunia, nicht mehr res gegen res. Diesem Handkauf pflegte wohl in den meisten Fällen eine Beredung über die gegenseitigen Leistungen vorauf zu gehen, aber man kann nicht sagen, daß der Handkauf als Erfüllung vorher eingegangener wechselseitiger Verpflichtungen anzusehen war. Der Austausch der Leistungen, das war der Kauf. Wenn nun auch der Handkauf nicht aus einer vorherigen Leistungsverpflichtung seinen obligatorischen Charakter empfing, so hatte er doch in seinen früheſten Anfängen bereits obligatorische Wirkungen. Sie wohnen dem Handkauf inne, seitdem es einen Staat, Staatsgewalt und Vertrauen des Bürgers zu ihr gibt. Solange die Menschheit schon tauscht und kauft, solange ist sie auch schon darum besorgt, nicht übervorteilt zu werden. Schutz vor Uebervorteilung, das ist das Streben. Kann man es einer Sache ansehen, ob sie dem Verkäufer gehört und nicht einem Dritten? Daher mußte man sich irgendwie sichern, wenn der Verkäufer das in ihn gesetzte Vertrauen täuschte. Er mußte für den Rechtsbestand der Sache garantieren, mußte versprechen, die neue Gewêre des Käufers gegen Dritte zu verteidigen. Diese Garantie hatte nur Bedeutung, wenn eine Staatsgewalt ihre Nichtbeachtung bestrafte. So trägt wohl der Uranfang der Gewährleistung mehr deliktischen Charakter [1]). Mit zunehmender Rechtssicherheit und -entwicklung wird er zum obligatorischen Anspruch.

Es ist erklärlich, daß sich diese Garantie zur Sicherung vor Eviktion auch bald auf physische Eigenschaften, auf Fehler der Sache erstreckte. Man suchte sich eben gegen alle Mängel rechtlicher und natürlicher Art, die sich der sinnlichen Wahrnehmung des Käufers entzogen, zu schützen.

Zum Beweise dafür, daß der Handkauf seit ältester Zeit obligatorischen Charakter trägt, sei an die römische mancipatio [2]) erinnert; sie stellt sich als feierlicher Handkauf vor Zeugen mit einer spezifischen Garantiepflicht dar. Neben ihr ist für die res nec mancipi die traditio in Geltung, ein formloser Handkauf, für die Geschäfte des Marktverkehrs geeignet. Daß der mancipatio und traditio schuldrechtliche Momente inne wohnten,

---

[1]) Vergl. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. II, S. 230.
[2]) Gaius, inst. I, § 119.

erhellt aus dem ädilizischen Edikt, das die Wandlungs- und Minderungsklage schuf und den schuldrechtlichen Belangen des Handkaufs im Marktverkehr Rechnung trug.

Doch weiter! Je mehr man sich vom Tauschverkehr, bei dem die Tauschobjekte tatsächlich zur Stelle waren, entfernte und sich Handel und Wandel hob und verzweigte, umso fühlbarer wurden die engen Grenzen des Handkaufs mit seinem gegenwärtigen gegenseitigen Austausch von Ware und Geld. Es erschien oft zwecklos, manchmal unmöglich, Ware und Geld an einem Ort zusammen zu schaffen. Man wollte wohl kaufen und verkaufen, konnte aber nicht, weil die Gegenleistung fehlte. Wollte jedoch der Verkäufer seine Ware unbedingt los werden, konnte der Käufer aber nicht sofort bezahlen, verzichtete der Verkäufer auf Barzahlung und begnügte sich mit dem bindenden Versprechen späterer Leistung. Man war zum Kreditkauf übergegangen.

Kreditkauf innerhalb des Systems des Handkaufs, das ist das Wesentliche. An Stelle der Leistung erhält der Verkäufer ein Surrogat, nämlich eine Forderung auf künftige Zahlung. Neben der Garantie erscheint also noch der Kredit als obligatorisches Moment im System des Handkaufs. Jetzt läßt sich der Kreditkauf noch weiter ausbauen: Bei Abschluß des Handkaufes sind beide Leistungen nicht anwesend, beide werden gegenseitig kreditiert; man tauscht nur real die Forderungen. Und dies alles innerhalb des Handkaufsystems!

Es fehlt nun noch eine kleine gedankliche Operation, und man hat das Gebiet des Konsensualkaufes erreicht. Begreift man den Austausch der beiden Forderungen als Verabredung zu künftiger Leistung, verlegt dorthin den juristischen Schwerpunkt und betrachtet die spätere Leistung als Erfüllung des in Versprechensform abgeschlossenen Kaufes, dann hat man den Konsensualkauf vor sich. Bechmann[1]), an dessen Ausführungen sich auch die hier vertretene Ansicht anlehnt, sagt über das Verhältnis von Handkauf und Konsensualkauf: „So, wie sich diese beiden Systeme gegenüber stellen lassen, sind sie in Wirklichkeit einander schwerlich gegenüber gestanden, nämlich so, daß das eine das andere ausschließt. Vielmehr wird für jeden, der in die innere Entwicklung des römischen Rechts einen Blick getan hat, die Vermutung von vornherein nahe liegen, daß das Naturalsystem durch das Kontraktsystem keineswegs spurlos verdrängt ist, sondern nicht neben, wohl aber in demselben noch fortwirkt."

Bechmann beantwortet damit die oben aufgeworfene Frage nach der Möglichkeit einer scharfen Trennung von Handkauf und Konsensualkauf: Es läßt sich keine Grenze ziehen, beide Systeme greifen ineinander über. Wie soll es auch in der Praxis genau zu erkennen sein, ob die Beredung, die dem Rechtsgeschäft vorausging, eben nur als Beredung oder als

[1]) Bechmann, Der Kauf nach gem. Recht, Bd. 1, S. 14.

klagbare Leistungsverpflichtung zu werten sei? Endemann[1]) hat auch diesen Mangel erkannt und den Geltungsbereich des Handkaufs, wie ihn die gegnerische Seite angenommen wissen will, erheblich eingeschränkt. Er teilt den Handkauf wieder noch in einen Realkauf und einen Barkauf. Unter letzterem versteht er hauptsächlich den Ladenkauf; ihn trennt er vom Realkauf ab und würdigt ihn als „gewöhnlichen obligatorischen Vertrag in Verbindung mit der normalen Erfüllung Zug um Zug", die auch hinausgeschoben werden könne, wenn z. B. die Ware erst angefertigt werden müsse. Endemann läßt als Handkauf nur den Austausch von Ware und Geld in seiner schroffsten Form gelten, wie er z. B. beim Automatenkauf in Erscheinung tritt.

Als Ergebnis dieses letzten Abschnittes kann somit festgehalten werden: Die Geschichte des Kaufes widerspricht einer scharfen Trennung von Handkauf und Konsensualkauf, die Schwierigkeit einer solchen Trennung in der Praxis des Lebens und der Streit in der Wissenschaft über den Geltungsbereich des Handkaufes unterstützen die hier vertretene Ansicht. Daß eine begriffliche Scheidung zwischen diesen beiden Rechtsgebilden sogar falsch wäre, soll im folgenden bewiesen werden.

c) Die Gewährleistung.

§ 11.

Der Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung des Kaufes lehrt, daß das Moment der Garantie für Rechts- und Sachmängel frühzeitig im System des Handkaufes Eingang fand. Wie steht es heute mit den Gewährleistungspflichten beim Handkauf?

Bedenkt man, daß es heutzutage fast jedes Kind weiß, daß die Mutter die Schokolade, die angeschimmelt ist, dem Krämer zurücktragen und wandeln kann, so ist die Antwort gegeben. Ebenso ist es klar, daß dem Verkäufer das Recht zusteht, von einem Kunden, der in falschem Gelde leistete, Bezahlung in guter Münze zu verlangen. Unzählige Beispiele lassen sich bilden und bestätigen es, daß der Handkauf nach wie vor die Gewährschaftshaftung unmittelbar auslöst. Das wird auch von der gegnerischen Seite größtenteils zugegeben. Bähr[2]) und Dernburg[3]) jedoch behaupten, daß die Vorschriften über die Gewährleistungspflicht beim Kauf für den Handkauf nur auf dem Wege der Analogie anzuwenden seien. Für die Richtigkeit einer solchen Annahme ist kein Grund ersichtlich. Man denke wieder an die geschichtliche Entwicklung des Kaufes. Unzweifelhaft ging das System des Handkaufs dem des Konsensualkaufs vorauf, er steht am Anfang der Rechtsentwicklung. Der Handkauf kannte bereits Gewährleistungsgrundsätze. Von

---

[1]) Endemann, Lehrbuch, § 163, S. 1018.
[2]) Bähr, Urt. des R. G. S. 34.
[3]) Dernburg, Das bürgerliche Recht, § 167, III.

welchem Rechtsgebilde sollte er sie im Wege der Analogie hergeleitet haben? Von keinem; er schuf sie aus sich.

An dem Vorhandensein unmittelbarer schuldrechtlicher Wirkungen des Handkaufs kann somit nicht gezweifelt werden; sie offenbaren sich in der Gewährschaftshaftung.

d) Die causa des Handkaufs und ihr Verhältnis zur causa donationis.

§ 12.

Mit dieser Feststellung verbindet sich aber sofort die Frage nach der Ursache, die diese obligatorischen Wirkungen hervorruft, m. a. W. nach der causa[1]). Hier begegnen uns die eigenartigen Beziehungen zwischen der Handschenkung und dem Handkauf. Auch Dietrich[2]) hebt sie hervor und geht bei der Behandlung des Handkaufes von der Handschenkung aus. Handschenkung und Schenkungsversprechen seien deshalb verschieden geartete Verträge, weil ihnen verschiedene causae zugrunde lägen, dem Schenkungsversprechen die causa debendi, der Handschenkung die causa donationis. — Dietrich hat offenbar übersehen, daß auch dem Schenkungsversprechen die causa donationis inne wohnt. Warum sollte man nicht für eine Leistung mehrere causae annehmen? A sagt zu B: „Morgen zahle ich Dir die 20 RM, die ich Dir schon so lange schulde"; B sagt: „Es ist gut; ich brauche sie nötig und verlasse mich darauf". Hier leistet A, um erstens sein Wort zu halten, zweitens die Schuld zu bezahlen. — Wenn Dietrich bedenkt, daß das Schenkungsversprechen und die Handschenkung die causa donationis gemeinsam haben, dürfte er wohl bei seinen Untersuchungen hinsichtlich des Handkaufs und der Beweislast zu einem anderen Ergebnisse kommen. —

Bei der Handschenkung ist es die causa donationis, die ihr obligatorischen Charakter verleiht. Freilich offenbart sich diese causa nicht in der Gewährleistungspflicht; man denke an das Rechtssprichwort: Einem geschenkten Gaul sieht man nicht ins Maul. Wie ist es beim Handkauf? Auch ihm wohnt eine causa inne, die ihn zum obligatorischen Rechtsgeschäft macht. Selbst wenn man es ablehnt, daß auch dem Handkauf ein verpflichtender Vertrag inne wohnt, der zeitlich mit dem Uebereignungsakt zusammenfällt, bleibt der Handkauf ein kausaler Vertrag. Zum mindestens ist die causa der Leistung die Gegenleistung selbst; der eine leistet, damit und weil der andere leistet[3]). Das Moment der Entgeltlichkeit ruht in der causa, und die Entgeltlichkeit ist es auch, die die Gewährleistungspflicht un-

---

[1]) Endemann, Einführung in das Studium des BGB, S. 895, Anm. 2.
[2]) Dietrich, in Gruch. Beitr., Bd. 48, S. 222.
[3]) Beim Konsensualkauf ist die causa die Verpflichtung des einen Vertragsgegners die Entstehung der Gegenverpflichtung in der Person des andern.

mittelbar aus der causa entstehen läßt. Hier tritt der Gegensatz zwischen Handkauf und Handschenkung zutage. Beiden Rechtsgeschäften wohnt zwar je eine causa inne, die ihnen obligatorischen Charakter verleiht, sie wirkt sich jedoch getreu ihrem Wesen verschieden aus.

Damit ist auch für den Handkauf das Ergebnis gewonnen: Dem Handkauf wird durch die causa, die auch die Gewährschaftshaftung unmittelbar auslöst, obligatorischer Charakter verliehen.

4. Der Verpflichtungsvertrag bei der Handschenkung und dem Handkauf. Die dem Uebereignungsakt voraufgehende Einigung und das zeitliche Zusammenfallen von Verpflichtung und Erfüllung.

§ 13.

Handschenkung und Handkauf sind obligatorische Rechtsgeschäfte. Das ist das Ergebnis der bisherigen Ausführungen. Die ihnen immanente causa und ihre obligatorischen Wirkungen beweisen es unwiderleglich. Weitere Untersuchungen in dieser Richtung erübrigen sich. Die gegnerische Meinung will jedoch diesen Beweis nicht gelten lassen. Sie kapriziert sich darauf, daß den Handgeschäften deshalb ihr schuldrechtlicher Charakter abzusprechen sei, weil ihnen kein zur Leistung verpflichtender Vertrag vorausgehe, und ein Zusammenfallen von obligatorischem Verpflichtungsvertrag und dinglichem Uebereignungssei „eine dem Lebensvorgange widersprechende Fiktion“[1]). Ist dem tatsächlich so? Zunächst soll der dem Uebereignungsgeschäft voraufgehende Verpflichtungsvertrag behandelt werden.

Selbst Bähr[2]) muß zugeben, daß jedem Geschäft eine gewisse Einigung vorausgehen muß. Es ist doch klar, daß vor Tätigung des Handkaufs im Laden sich die Parteien über Preis und Ware bereden müssen, daß sich sogar der Entnehmer von Ware aus einem Automaten mit dem — zwar abwesenden — Aufsteller darüber einigen wird, was er von den angebotenen Waren nehmen will, indem er sich eine Ware aussucht und mit den am Automaten kundgegebenen Lieferungsbedingungen einverstanden ist. Es ist ebenso selbstverständlich, daß die vorherige Einigung umso kürzere Zeit in Anspruch nimmt, je besser ein schneller Abschluß durch ihn fördernde äußere Momente, wie z. B. Preisbezeichnung im Schaufenster, Zeitungsinserate usw., vorbereitet wird. Es kommt hinzu, daß doch die Parteien meistens ihren generellen Einigungswillen schon dadurch kundtun, daß der Käufer den Laden betritt und der Kaufmann hinterm Ladentisch steht. Eine vorherige Einigung ist sogar erforderlich, um dem vorzunehmenden Rechtsgeschäft seinen

---

[1]) v. Gierke, a. a. O., § 192, S. 434.
[2]) Bähr, Urteile, S. 34.

besonderen Charakter zu verleihen. Dazu folgendes Beispiel:[1]) In einem Frühstückslokal sind Eßwaren zu festen, jedermann erkenntlichen Preisen aufgestellt. „Nehmen Sie sich", sagt der gutmütige Wirt zu einem verhungert aussehenden Menschen, der an der Tür steht und sehnsüchtig nach dem Brötchen schielt. „Nehmen Sie sich", ruft er auch einem Manne zu, der ein Zehnpfennigstück auf den Tisch legt. Es ist unzweifelhaft, daß vor der Vollziehung der Rechtsgeschäfte in jedem Falle eine Einigung über die Bedeutung der folgenden Eigentumsübertragung vorausging. Das verpflichtende Moment, die Obligation, kommt in solchen Rechtsgeschäften nur nicht so zum Vorschein, da ja die Erfüllung unmittelbar bevorsteht. Daß es aber in der Einigung enthalten ist, zeigt sich, wenn die erwartete Erfüllung ausbleibt und die eine Partei unbedingten Wert darauf legt[2]). Ein Beispiel: Frau A hat in der Lebensmittelknappheit mehrere Stunden vor einem Buttergeschäft angestanden. Endlich ist sie an der Reihe. Sie sagt zum Verkäufer: „Ein halbes Pfund Butter, bitte!" und legt das Geld dafür auf den Ladentisch. Der Verkäufer sagt: „Sehr wohl", streicht das Geld ein und langt nach der verkaufsfertig gepackten Butter. Da sieht er plötzlich, daß mit diesem halben Pfunde sein Lager erschöpft ist. Er übergibt deshalb die Butter nicht Frau A, sondern Fräulein B, die hinter Frau A steht und nichts mehr bekommen hätte. Kann Frau A hier nur Herausgabe des Geldes oder Leistung fordern? Ohne Bedenken dürfte prinzipiell einer Leistungsklage stattzugeben sein.

Man muß doch bei der Behandlung der ganzen Frage davon ausgehen, daß jede Partei bei der heutigen Rechtsentwicklung sich sämtliche Rechtsvorteile, die die Rechtsordnung gewährt, sichern will. Dieser Wille dürfte generell vorhanden sein. Wozu geht man in ein altrenommiertes Platzgeschäft und kauft nicht auf dem Jahrmarkt? Doch nur, um im Falle von Komplikationen sämtliche zu Gebote stehenden Rechtsmittel nach allen Seiten hin nützen zu können. Freilich gibt es noch Handkäufe, aus denen man auch heute nicht verpflichtet sein will; man denke an den Kauf beim Marktschreier. Aber auch hier geht der Weg über das obligatorische Moment. Es liegt kein nur dinglicher Austausch vor, sondern die Parteien haben die Haftung ausgeschlossen. Köhler[3]) bleibt auf halbem Wege stehen, wenn er das „Scharnier eines zweiseitigen obligatorischen Vertrages" einführen und nur eben annehmen will, daß die Obligation in ihrer Hauptbetätigung dadurch gelähmt ist, daß von Seiten des einen oder beider Teile sofort mit der Obligationsschließung auch die Erfüllung eintrete. Hier kann von einem „Scharnier" keine Rede sein; der obligatorische Vertrag ist tatsächlich vorhanden.

[1]) Entnommen Collatz, ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, S. 22.
[2]) Vergl. R. G. E. 105, S. 209.
[3]) Köhler, im Arch. für bürg. Recht, II. S. 212.

Hier sei Crome[1]) angeführt: „Wo die Kaufs- oder Verkaufserklärungen mit gleichzeitiger Uebergabe verbunden sind, kann an sofortiger Vornahme der Verfügung nicht mehr gezweifelt werden. Das Geschäft enthält also den Grundvertrag (Kauf) und dessen Ausführung. Aber nicht als die Summe zweier Geschäfte, sondern in gegenseitiger Durchdringung des obligatorischen und dinglichen Elements". In Anm. 12 bei der zitierten Stelle fährt Crome fort: „Irrig ist es jedenfalls, das Kaufgeschäft in dem Vertrage zu leugnen, also darin nur zwei gegenseitig bedingte Traditionen zu sehen. Die Kaufnatur macht sich sofort bemerkbar, sobald in dem Geschäft irgend etwas nicht in Ordnung ist. Daher sind die Verpflichtungen der Parteien auch aus diesem Geschäft diejenigen der §§ 433 ff., wenngleich sie selbstverständlich, soweit sie schon erfüllt sind, nicht noch einmal erfüllt zu werden brauchen."[2])

Nun noch zum zeitlichen Zusammenfallen von Kaufvertrag und Erfüllung! Wenn es von der gegnerischen Seite abgelehnt wird, so läßt sich diese offenbar von dem Gedanken leiten, daß eine Obligation ohne eine gewisse, wenn auch noch so kleine Zeitdauer nicht denkbar sei. Dieser Auffassung tritt Collatz[3]) erfolgreich entgegen, indem er zunächst darauf hinweist, daß Obligation, Schuldverhältnis, Verbindlichkeit kein nur im Raum und Zeit lebensfähiges Ding, sondern eine Beziehung, der Inhalt eines Bewußtseins und damit raum- und zeitlos sei. Wie unabhängig vom zeitlichen Moment sich das iuris vinculum des Kaufes knüpft, erläutert Collatz an einem Beispiel: „Man gebe einem Mathematiker die Definition des Kaufs und lege ihm folgende Fälle vor mit der Aufgabe, sie unter die Begriffsbestimmung zu bringen: Ein neuer Kunde tritt in den Zigarrenladen und bittet um eine Groschenzigarre. Der Zigarrenhändler sagt: „Sehr gern!", gibt dem Käufer eine Zigarre in die Hand und nimmt von ihm ein Zehnpfennigstück entgegen.

Am nächsten Tage sagt der Kunde garnichts, sondern nimmt eine Zigarre aus der Kiste und legt ein Geldstück auf den Ladentisch. Der Ladeninhaber nickt mit dem Kopf und sagt: „Guten Morgen". Am dritten Tage betritt der Kunde den Laden, während der Verkäufer gerade daraus verschwunden ist. Er nimmt die Zigarre und legt die Münze auf den Tisch.

Am vierten Tage sagt er dem Kaufmann, daß er sich tags vorher selbst bedient habe, jetzt aber lieber die ganze Kiste nehmen wolle und bitte, diese mit quittierter Rechnung nach seiner Wohnung zu schicken.

---

[1]) Crome, System, § 211, S. 400.

[2]) Vergl. auch die Ausführungen von Collatz, ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, S. 20.

[3]) Collatz, Zur Theorie der Realgeschäfte und der ungerechtfertigten Bereicherung, S. 11/12.

Den Mathematiker wird diese Aufgabe schwerlich in Verlegenheit setzen: Im letzten Falle ist Vertrag und Erfüllung durch eine längere Zwischenzeit — t — getrennt, die vielleicht 24 Stunden währt. Im ersten Falle ist t sehr klein, vielleicht nur eine Sekunde. Im zweiten Falle ist t = 0, und im dritten wird es negativ = 24 Stunden, die Erfüllung ging dem Vertragsschluß vorauf". Dieses Beispiel von Collatz bedarf keiner Erläuterung. Aus ihm geht deutlich hervor, daß Obligation und Zeit einander nicht bedingen. Ein zeitliches Zusammenfallen von Verpflichtungsvertrag und dinglicher Uebereignung ist sehr wohl denkbar und liegt auch bei der schroffsten Erscheinungsform eines Handgeschäftes vor. Das System der Handgeschäfte mag sich wohl von dem Kontraktsystem durch eine verschiedene Zeitdauer, die zwischen Vertragsschluß und Erfüllung liegt, unterscheiden; und auch diese ist noch variabel. Von einer begrifflichen Trennung zwischen Handkauf und Handschenkung einerseits und Kauf und Schenkung andererseits kann aber keine Rede sein. — Das ist auch die herrschende Meinung in der Wissenschaft[1]; die Praxis[2] schließt sich ihr an. Es dürfte über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, die Ansichten der einzelnen Autoren hier wörtlich wiederzugeben. Die Angabe der in Frage kommenden Literatur möge genügen.

5. Die Quittung beim Handkauf.

§ 14.

Nun gilt es noch ein Bedenken der gegnerischen Meinung zu beseitigen, das gegen die begriffliche Gleichsetzung des Handkaufes mit dem Konsensualkaufe geltend gemacht wird. Die Verschiedenheit zwischen den beiden Rechtsgeschäften erhelle schon daraus, daß in den Fällen des Handkaufs keine Quittungen gefordert und gegeben würden[3]. Dies sei Beweis dafür, daß beim Handkauf eine Verbindlichkeit garnicht entstanden sei. Die Pflicht zur Quittungserteilung, die ja der Entwurf für Zahlungen, durch welche eine Verbindlichkeit gelöst wird, allgemein anerkenne, lasse sich auch im Kleinverkehr garnicht ablehnen, wenn die beiderseitigen Leistungen in der Tat Zahlungen in diesem Sinne, hinsichtlich derer noch nach Jahr und Tag selbständiger Beweis von dem Leistenden begehrt werden könnte, wären.

Dieser Ansicht ist zunächst entgegenzuhalten, daß das BGB keinen Paragraphen aufweist, der die Fälle des Handkaufs

[1] Vergl. Cosack, Lehrbuch, § 182, IV; Staudinger, Kommentar I d zu § 433; Staub, Kommentar, Anm. 37 vor § 373; Goldmann-Lilienthal, das bürgerl. Gesetzbuch, § 128, Anm. 1; Oertmann, im Handbuch des gesamten Handelsrechts (Ehrenberg); Warneyer, Kommentar, S. 741, I; Ennecerus, Lehrbuch, § 324, I; Planck, Kommentar, Vorbem. II zu § 433.

[2] RGSt. 44, S. 114.

[3] Vergl. auch die verschiedenen Ansichten in den Kommissionsverhandlungen, Prot. II, S. 54—56.

von der allgemeinen Quittungspflicht (§ 368) ausnimmt; es steht also auch dem Handkäufer frei, jederzeit eine Quittung zu fordern. Wie oft tut man es auch, wenn man aus Gefälligkeit für einen andern etwas kauft. Fordert der Handkäufer keine Quittung, handelt er auf eigne Gefahr; und diese ist erfahrungsgemäß bei den Geschäften des täglichen Lebens nicht allzugroß. Schließlich sei hervorgehoben, daß die Quittungserteilung auch im täglichen Verkehr immer häufiger wird. In jedem Geschäft, das den Kramladenbetrieb überwunden hat, erhält man heute einen quittierten Verkaufszettel, zum mindestens eine Karte aus dem Registrierapparat, aus der Datum und gezahlter Preis zu ersehen ist. Sollten diese Zettel kein hinreichendes Beweismittel sein? Es zeigt sich, daß auch dieses von der gegnerischen Seite vorgebrachte Argument eine begriffliche Trennung von Handkauf und Konsensualkauf nicht zu rechtfertigen vermag. Mit dieser Feststellung dürften die Verfechter des Realkaufs endgültig widerlegt sein.

6. Der Automatenkauf.

§ 15.

Es liegt nun nahe, die hier vertretene Ansicht von der obligatorischen Rechtsnatur der Handgeschäfte auf ihre Anwendbarkeit hin zu prüfen. Hierfür dürfte der Automatenkauf wohl als die schroffste Form des Austausches von Ware gegen Geld das schwierigste Versuchsgebiet darstellen. Liefert die Untersuchung ein brauchbares Ergebnis, wird die hier vertretene Konstruktion in anderen Fällen nicht versagen.

Welche juristische Bedeutung hat die Aufstellung und die Benutzung eines Automaten? Diese Frage ist vorher zu entscheiden.

Ihering[1]) schlägt drei Möglichkeiten vor: Die Auslobung, die Aufforderung zum Kontrahieren und die Offerte. Bedenkt man, daß die Auslobung gewohnheitsmäßig eine nützliche Tätigkeit — es wird doch eine Belohnung versprochen — erfordert, so ist das Unrichtige einer solchen Konstruktion dargetan. Auch eine Aufforderung zum Kontrahieren vermag nicht zu befriedigen. Man bedenke: A, der Benutzer des Automaten, wird von B, dem Aufsteller, aufgefordert, mit ihm ein Rechtsgeschäft zu tätigen. Will A dies tun, muß er dem B eine Offerte machen. Wie soll B hiervon Kenntnis erlangen? Allein richtig ist es, das Aufstellen eines Automaten als Offerte anzusehen[2]). Der Aufsteller will bei Leistung eines bestimmten Geldstücks seitens des Benutzers mit diesem kontrahieren und ihm eine bestimmte Gegenleistung machen.

Es herrscht nun bekanntlich Streit darüber, an wen sich diese Offerte richtet, ob eine einzelne Person, ad personam incertam oder an das Publikum.

---

[1]) Ihering, Jurisprudenz des tägl. Lebens, im letzten Abschnitt Nr. 11.
[2]) Vergl. Neumond, im Arch. ziv. Prax., Bd. 89, S. 166 ff.

Bereits das römische Recht kannte Geschäfte mit incertis personis; man denke an den iactus missilium. Das deutsche Recht hat dieses Institut voll entwickelt. Hier sei an die Blankoanweisung, das Blankoakzept, die Versteigerung usw. erinnert. Die Offerte richtet sich an einen unbestimmten Personenkreis, der Vertrag kommt aber nur mit einer bestimmten Person zustande; nämlich mit der, die den Automaten benutzt.

Diese Lehre, die von Sohm[1]) begründet und von Neumond[2]) ausgebaut worden ist, dürfte die richtige sein. Die anderen Ansichten, vor allem die Biermann[3])sche Meinung von der Offerte ans Publikum ist von Neumond treffend widerlegt worden. Hier sei nur auf die einschlägigen Ausführungen Neumonds[4]) verwiesen.

Nun zur rechtlichen Darstellung des Automatenkaufs. Mit dem Aufstellen eines gefüllten Automaten macht der Eigentümer gleichzeitig eine doppelte Offerte; erstens eine Kaufvertragsofferte ad incertam personam und zweitens eine Traditionsofferte. Wer nimmt nun diese Offerte an, und wie nimmt er sie an? Ohne Zweifel derjenige, der an den Automaten herantritt und der Offerte nachkommt, indem er das Zehnpfennigstück in den Apparat einwirft, um die versprochene Gegenleistung zu erhalten. Nach der herrschenden Akzeptationstherorie ist der Vertragsschluß zwischen den Parteien in dem Augenblick getätigt, wo das Geldstück in das Innere des Automaten gelangt ist. Dieses obligatorische Moment war gleichzeitig verbunden mit der Leistung des Oblaten, die sofort die Gegenleistung auslöst; der Automat liefert die Ware. Es liegt ein gewöhnlicher Kaufvertrag vor, bei dem sofort erfüllt wird. Es sei an das Beispiel von Collatz erinnert: t ist hier = 0.

Nun zu dem Falle, daß der Automat versagt. Zunächst sei unterstellt, daß der Automat ausverkauft ist und der Benutzer trotzdem sein Geldstück einwarf, da die Betriebsunfähigkeit des Apparates nicht erkenntlich war. Eine Offerte hat der Aufsteller hier garnicht gemacht; er will nur soviel Personen verpflichtet sein, als der Apparat bedienen kann. Vertragliche Grundsätze kommen also hier nicht in Frage. Dadurch aber, daß der Aufsteller schuldhafterweise beim Benutzer falsche Vorstellungen über seine Bereitschaft zum Abschluß eines Vertrages hervorrief, ist seine außerkontraktliche Haftung auf das negative Interesse begründet.

Angenommen nun, daß dem Aufsteller das Nichtfunktionieren seines Apparates bekannt war; er hilft aber dem Mangel absichtlich nicht ab. Er hofft vielmehr, er würden noch viele Personen ihr Geldstück einwerfen und nicht auf dessen Rückgabe bestehen. Der Aufsteller handelt hier zweifellos vorsätzlich;

---

[1]) Sohm, in der Zeitschr. für das ges. Handelsr., Bd. 17, S. 13 ff.
[2]) Neumond, a. a. O., S. 178.
[3]) Biermann, in Iherings J. Bd. 32, S. 267 ff.
[4]) Neumond, a. a. O., S. 171 ff., besonders S. 178.

die actio doli wäre denkbar. Er hat aber hier eine wirkliche Offerte gemacht; er wollte nur nicht liefern. Folglich dürfte hier die Klage aus dem Vertrage auf Erfüllung gegeben sein. In den meisten Fällen wird die Kondiktion der Einfachheit des Beweises wegen vorgezogen werden. Daß auch beim Versagen des Apparates infolge einer Betriebsstörung, bei der Lieferung mangelhafter Ware usw. die einschlägigen schuldrechtlichen Vorschriften zur unmittelbaren Anwendung kommen, braucht nicht mehr besonders ausgeführt zu werden. —

Mühelos, so muß das Ergebnis dieser Untersuchung lauten, läßt sich der Automatenkauf in seinem regelmäßigen und unregelmäßigen Verlauf als obligatorisches Rechtsgeschäft erkennen. Es ist sogar falsch, das obligatorische Moment hier gänzlich ausschalten und nur eine dingliche Uebereignung annehmen zu wollen. Damit kann abschließend gesagt werden, daß zwischen dem Handkauf und dem gewöhnlichen Kauf des § 433 BGB kein begrifflicher Unterschied besteht. Auch der Handkauf ist ein obligatorisches Rechtsgeschäft; für die Handschenkung gilt dasselbe.

V. Die Beweislastfrage.

Die gegnerische Meinung und ihre Forderung nach Umkehrung der Beweislast. Beweislast und Beweiswürdigung, Rechts- und Erfahrungsvermutungen.

§ 16.

Die praktische Bedeutung des wissenschaftlichen Streites über die Rechtsnatur der Handgeschäfte liegt im Gebiete der Beweislast. Die gegnerische Meinung soll mit den Worten Bährs[1]) dargelegt werden. Er schreibt: „Man wird vielleicht fragen, was für ein praktisches Interesse dabei sei, diese Doppelart des Kaufes anzuerkennen? Gewiß sind praktische Interessen, und zwar sehr erhebliche dabei vorhanden. Zunächst entsteht die Frage: Es klagt jemand gegen einen andern auf Zahlung des Kaufpreises für eine ihm überlieferte Sache. Der Verklagte erklärt: Ich habe allerdings die Sache gekauft, aber gegen sofortige Bezahlung. Sieht man nun damit einen „obligatorischen“ Kaufvertrag als zugestanden an, dem nur die Einrede der Zahlung entgegengesetzt werde, so ist der Verklagte zur Verurteilung reif, wenn er nicht beweisen kann, gezahlt zu haben. In der Tat aber enthält jene Entgegnung ein Leugnen des Klagegrundes, das Leugnen eines obligatorischen Vertrages. Der Verklagte behauptet eine andere Art Rechtsgeschäft, aus welchem er niemals einen Kaufpreis schuldig geworden sei. Und deshalb hat in erster Linie der Kläger zu beweisen, daß ein Kaufvertrag so, wie er ihn behauptet, d. h. unter Kredi-

[1]) Bähr, in Krit. viert. Schrift, Bd. 2, S. 211 ff., insbesondere 386 ff.

tierung des Kaufpreises geschlossen sei. Nur, wenn man diesen Grundsatz anerkennt, kann sich überhaupt die große Masse unseres täglichen Verkehr mit Sicherheit bewegen."

Die Ausführungen der übrigen Verfechter[1]) des dinglichen Handkaufs gehen auch hinsichtlich der Beweislastfrage in derselben Richtung und sehen in dem Vorbringen des Beklagten ein Leugnen des Klagegrundes.

Das von Bähr gebrachte Beispiel zeigt, daß die praktische Spitze dieses Gelehrtenkreises nur für den Handkauf von Bedeutung ist; sie entfällt für die Handschenkung völlig, da die Formvorschrift des § 518 BGB eine ganz andere Lage schafft. Der § 518 BGB dürfte jeder Klage, die analog dem obigen Beispiel aufgezogen wäre, von vornherein die Abweisung bringen, falls nicht vom Kläger ein formelles Schenkungsversprechen vorgelegt werden kann. Und dann wäre eben von Anfang an keine Handschenkung beabsichtigt gewesen. Bestünde jedoch der § 518 nicht, würden sämtliche Ausführungen, die hier über die Beweislastfrage beim Handkauf gemacht sind, auch für die Handschenkung gelten[2]).

Die gegnerische Lehre von der Umkehrung der Beweislast steht und fällt mit der Auffassung von der Rechtsnatur des Handkaufs. Die bisherige Darstellung hat die Unhaltbarkeit der gegnerischen Auffassung von der begrifflichen Trennung zwischen Handkauf und gewöhnlichem Kaufe dargetan. Damit ist auch einer veränderten Beweislastverteilung die Begründung entzogen. Man könnte allerdings fast meinen, daß Bähr der Beweislastfrage wegen den Realkauf schuf[3]).

Nun gibt es aber noch eine Gruppe in der Wissenschaft, die die Frage nach der Rechtsnatur des Handkaufes offen läßt, ja sogar die hier vertretene Ansicht teilt, und doch eine Umkehrung der Beweislast für erforderlich erachtet.

Hier ist zunächst Staub[4]) zu nennen. Er steht auf dem Standpunkte, daß derjenige, der hier eine Abweichung vom allgemeinen Erfahrungssatze sofortiger Barzahlung behaupte, auch für diese besondere Ausnahme beweispflichtig erscheinen müsse.

Crome[5]) sieht in der Behauptung, es sei ein Handkauf abgeschlossen, das Leugnen überhaupt entstandener Käuferpflichten; folglich müsse Kläger beweisen. Planck[6]) dürfte auch hier zu nennen sein. Er folgt Endemann[7]) insofern, als er

---

[1]) Vergl. Dernburg, das bürgerl. Recht, § 167, III; Matthias, a. a. O. § 110; Endemann, Lehrbuch, § 163, Anm. 15; Wilutzky a. a. O., S. 107 ff.; Dietrich, a. a. O., S. 227, ff.

[2]) Vergl. Dietrich, a. a. O., Bd. 48, S. 221.

[3]) Vergl. Leonhard, die Beweislast, S. 362, auch Endemann, Lehrbuch, § 163, Anm. 15.

[4]) Staub, Kommentar zu H. G. B., Anm. 37 vor § 373;

[5]) Crome, a. a. O., S. 400.

[6]) Planck, Kommentar, Vorbem. II zu § 433.

[7]) Vergl. oben Seite 19.

auch richtigerweise vom Handkauf den sogenannten Barkauf, unter dem er den Ladenkauf versteht, abtrennt. Hier läßt er es auch bei der alten Beweisregel. Nur hinsichtlich der eigentlichen Handgeschäfte, z. B. des Automatenkaufs, kehrt er die Beweislast um. Auch Stölzel[1]) gehört zu dieser Gruppe. Er nimmt zur Beweislastfrage eingehend Stellung. Ausgehend von dem Gedanken, daß sich die Geltendmachung stattgehabter Zahlung gewöhnlich als Einrede darstellt, hebt er hervor, daß wir Deutsche[2]) in manchen Fällen Zahlung nicht für eine Einrede halten. Er bringt ein Beispiel: Ein Theaterdirektor klagt gegen einen Besucher auf Zahlung von 5 RM. für einen benutzten Parkettplatz. Der Beklagte macht geltend, er habe gezahlt. Muß er beweisen? Hier trete, so meint Stölzel, eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen ein. Hier müsse der Theaterdirektor beweisen, daß nicht bezahlt worden sei. Aus den Verkehrsverhältnissen ergebe sich, daß man ein Theaterbillet nicht in die Hand bekomme, ohne bezahlt zu haben; denn es werde doch vor der Uebergabe der Eintrittskarte bezahlt. Sie sei auch gleichzeitig als Quittung für geleistete Zahlung anzusehen. Ohne Billet bekomme niemand einen Platz; wer ihn jedoch inne gehabt habe, trage also den Beweis der Zahlung in sich. Stölzel meint, man könne aber auch, wie folgt, sagen: Wer den Preis eines benutzten Theaterbillets einklage, lege mit der bloßen Behauptung stattgehabter käuflicher Entnahme des Billets die Entstehung der Forderung auf den Preis nicht genügend dar; die Klage sei tatsächlich unbegründet. Das mache auch der Beklagte geltend, wenn er sich darauf berufe, daß jede Eintrittskarte an der Kasse nur gegen Erlegung des Preises ausgegeben zu werden pflege. Freilich seien auch Ausnahmefälle denkbar. Man sieht, daß die Frage der Beweislast beim Handkauf von den bisher genannten Autoren unter den verschiedensten Gesichtspunkten gewürdigt wird; einmütig fordern sie jedoch die Umkehrung der Beweislast. Dieser Ansicht ist gerade in der neusten Wissenschaft eine Gegnerschaft erwachsen, die die Unrichtigkeit der gegnerischen Lehre stichhaltig nachgewiesen hat.

Schon Daubenspeck[3]) hat die Stelle erkannt, an der der Hebel anzusetzen ist, um Klarheit in diese Frage zu bekommen. Die irrige Ansicht von der Umkehrung der Beweislast findet ihren Grund in der Vermengung von Rechts- und Erfahrungsvermutungen. Bevor man sich der Behandlung dieser speziellen Frage zuwendet, ist ein Eingehen auf das Wesen der Beweislast und ihr Verhältnis zur freien Beweiswürdigung erforderlich.

Die richterliche Tätigkeit ist bei der Rechtsanwendung eine

---

[1]) Stölzel, Schulung f. d. ziv. Prax., S. 143, 144.

[2]) Stölzel erinnert im Gegensatz hierzu an die Lehre vom „geteilten Geständnis" im französischen Prozeß (Art. 1356 C. c.)

[3]) Daubenspeck, Referat, Votum und Urteil, S. 101, Anm. 3.

dreifache. Zunächst wird von ihm die Kenntnis des objektiven Rechts gefordert, damit er feststellen kann, ob die Normen der Rechtsordnung für ein von ihm begehrtes Urteil eine Grundlage bieten, und welche Voraussetzungen da sein müssen, damit er zu einer kontreten Entscheidung kommen kann. Zweitens hat der Richter den ihm vorgetragenen Tatbestand mit dem objektiven Recht in Verbindung zu bringen und im Wege der Vergleichung festzustellen, ob sich die Behauptungen im Prozesse mit den Voraussetzungen, unter denen das Gesetz nur Anwendung finden will, decken. Schließlich liegt es ihm ob, die vorgetragenen Parteibehauptungen auf ihre Wahrheit hin zu prüfen und sich mit dem kontreten Falle vertraut zu machen. Erst wenn der Richter die Ueberzeugung erlangt hat, daß die Behauptungen wahr und die Rechtsnormen auf den kontreten Tatbestand anwendbar seien, kann er zum Urteil schreiten. Er muß hingegen abweisen, nicht nur, wenn das Gesetz keine Anwendung finden kann, sondern auch, wenn er von der Wahrheit der vorgetragenen Parteibehauptungen nicht überzeugt ist.

Der Richter darf also einen Rechtssatz nur anwenden, wenn er von dem Vorhandensein der Voraussetzungen eines Rechtssatzes eine positive Ueberzeugung erlangt hat. Daraus erhellt, daß eine Klageabweisung nicht nur dann zu erfolgen hat, wenn das Nichtvorhandensein der Voraussetzungen erwiesen ist, sondern auch schon dann, wenn das Vorhandensein dieser Voraussetzungen zweifelhaft blieb. Den Nachteil eines solchen Zweifels bekommt eben die Partei zu fühlen, deren Obsiegen im Prozesse von der Anwendung gerade jenes Rechtssatzes bedingt war. Damit hat man das Prinzip der Beweislast erreicht. Rosenberg [1]) stellt es folgendermaßen dar: „Diejenige Partei, deren Prozeßbegehr ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, trägt die Beweislast dafür, daß die Merkmale des Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind, oder — kurz gesagt — trägt die Beweislast für die Voraussetzungen des anzuwendenden Rechtssatzes. Sie trägt hierfür deshalb die Beweislast, weil, wenn das Vorhandensein dieser Merkmale nicht aufgeklärt ist, die Anwendung des ihr günstigen Rechtssatzes unterbleibt, jene tatsächliche Ungewißheit ihr also zur Last fällt. In der Entscheidung dieses Zweifels liegt aber das Wesen der Beweislast".

Ein ganz anderes Gebiet berührt die Frage, wie ein Beweis erbracht werden könne. Hier herrscht die freie Beweiswürdigung. Sie ist der Grundsatz, daß der Richter nach seiner freien Ueberzeugung eine Behauptung als wahr annehmen kann und soll. Seine Ueberzeugung gewinnt er aus allgemeinen Erfahrungssätzen, die auf die Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung und die Beobachtung des menschlichen Tuns gegründet sind.

---

[1]) Rosenberg, die Beweislast, S. 21.

An Hand dieser Erfahrungssätze bildet sich der Richter seine Meinung über den Beweiswert der ihm gebrachten Beweismittel. Dadurch aber, daß man diese Erfahrungssätze irrtümlicherweise als „Vermutungen" bezeichnete, brachte man eine unheilvolle Verwirrung in die Beweislastlehre. Sie wurden mit den gesetzlichen Vermutungen vermengt. Bei diesen schließt doch das Gesetz aus dem Vorliegen bestimmter Tatsachen auf das Vorhandensein einer anderen Tatsache. Sie sind Rechtssätze, die angewendet werden müssen; sie gehören in das starre Gebiet der Beweislast.

Anders die Erfahrungssätze. Rosenberg[1]) sagt hierzu: „Die Erfahrungssätze aber haben keinen normierten Tatbestand, dessen Vorliegen ihr Eingreifen herbeiführte; ihre Kraft wurzelt vielmehr allein in der richterlichen Ueberzeugung. Ihre Anwendbarkeit hängt von peinlichster Beobachtung aller Umstände des Einzelfalles ab. Die leiseste Verschiebung eines Merkmals kann ihrer Anwendung entgegenstehen und vielleicht eine Kombination herausstellen, die den Richter vom Gegenteil überzeugt. Eine unbedingte Verbindlichkeit der Erfahrungssätze steht im Widerspruch zu ihrem Wesen und ist schlechtweg abzulehnen.

Vor allem aber: Wenn der Richter auf Grund eines Erfahrungssatzes die Ueberzeugung von der Wahrheit eines gesetzlich erforderten Tatbestandes gewinnt, so wird nicht die Beweislast verschoben oder umgekehrt, sondern der Beweis ist erbracht und für die Anwendung von Beweislastregeln überhaupt kein Raum".

Rosenberg geht schließlich auch auf den von Stölzel konstruierten Fall vom unbezahlen Theaterbillet ein. Er weist an ihm die Richtigkeit seiner Lehre nach. Die Klage des Theaterdirektors auf den Preis des Theaterbillets werde wie jede Kaufklage durch die Behauptung des Kaufabschlusses begründet und den Beklagten treffe wie stets die Beweislast für die von ihm behauptete Zahlung. Aber diesen Beweis werde das Gericht als erbracht ansehen, weil man erfahrungsgemäß ein Theaterbillet nur bei sofortiger Erlegung des Preises erhalte. Deshalb müsse der Kläger durch einen Gegenbeweis dartun, daß in diesem Falle der Regel des Lebens zuwider der Preis noch nicht bezahlt sei. Es könne aber auch der Fall so liegen, daß das Gericht den Erfahrungssatz von Anfang an nicht für anwendbar halte. In kleinen Städten sei es z. B. üblich, daß von herumziehenden Theatertruppen der Vorverkauf der Eintrittskarten einem Ladengeschäft in der Stadt übertragen werde. Kunden dieses Geschäfts, die in ihm ein laufendes Konto hätten, würden vielleicht Billets auf Kredit kaufen. In derartig gelagerten Fällen werde das Gericht den Beweis der Zahlung durch den genannten Erfahrungssatz nicht als geführt ansehen können. In jedem Falle aber müsse der Zweifel, ob die Zahlung

[1]) Rosenberg, a. a. O., S. 213.

erfolgt sei, den Beklagten treffen, wie ihn stets die Behauptungslast für die Zahlung obliege. Denn es werde doch kaum bestritten werden können, daß gegen den ausgebliebenen Beklagten Versäumnisurteil erlassen werden müsse, auch wenn der Theaterdirektor die Nichtzahlung des Kaufpreises nicht behauptet habe. —

Gerade das von Rosenberg gebrachte Beispiel von der umherziehenden Theatergruppe zeigt die Vorzüge der hier vertretenen Ansicht. In diesem Falle dürfte doch die Umkehrung der Beweislast zu einer ungerechten Belastung des Klägers führen. Wie gut, daß die Beweislast beim Beklagten verblieb. Den Mannigfaltigkeiten des Lebens trägt die hier vertretene Ansicht viel mehr Rechnung. So sagt auch Leonhard[1]: „Die Erfahrungssätze gelten alle nicht absolut, sondern ihre Anwendung ist immer von der Lage des einzelnen Falles abhängig. Neben ihnen bleiben immer noch die konkreten Umstände maßgebend, und gerade darin liegt die Bedeutung der freien Beweiswürdigung. Immer bleibt noch nachzuprüfen, ob das, was im allgemeinen wahrscheinlich sein mag, auch nach der Sachlage und der Persönlichkeit der Parteien wahrscheinlich ist. So gewinnen wir bei der Prüfung der Tatsachen die erforderliche Beweglichkeit im Gegensatz zu der Festigkeit, die der Beweislast eigen ist".

Vergleicht man nun die hier vertretene Ansicht mit der Forderung der Gegenseite nach Umkehrung der Beweislast und den dafür vorgebrachten Argumenten, sieht man, wie unbegründet und hinfällig sie sind. Die angebliche Beweisschwierigkeit wegen des Fehlens von Quittungen ist garnicht vorhanden. Dazu kommt noch, daß auch der Gesetzgeber einer Umkehrung der Beweislast ablehnend gegenüber steht. Selbst wenn er auch den Handkauf gesetzlich nicht regelte, so hätte er doch eine Aenderung in der Beweislastfrage treffen können (vergl. § 442). Das ist aber nicht geschehen. Schließlich seien noch neben den bereits oben erwähnten Gelehrten die Autoren zitiert, auf die sich die hier vertretene Ansicht stützt. Da sind zu nennen: Enneccerus, Goldmann=Lilienthal, Staudinger, Oertmann, Adler[2]), Kisch[3]). Die Praxis hat sich noch zu keiner eindeutigen Stellungnahme in der Beweislastfrage durchgerungen. Besonders ist bei ihr die Vermengung von Erfahrungssätzen mit Rechtsvermutungen noch sehr häufig festzustellen[4]). Allerdings finden sich auch Entscheidungen, die den Unterschied zwischen beiden Momenten treffend hervorheben[5]). Hoffentlich wird auch hier bald eine Einheitlichkeit erzielt.

---

1) Leonhard, die Beleislast, S. 192.
2) Adler, im Archiv f. d. ziv. Praxis, Bd. 109.
3) Kisch, in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 29, S. 331.
4) R. G. 15, 218; 16, 202; 19, 207; 52, 26; 79, 439.
5) R. G. 2, 206; 4, 3; 4, 65; 12, 191; R. O. H. G. 7, 182.

C. Schluß.

Ergebnis.

§ 17.

Abschließend sei noch einmal das Ergebnis der obigen Darstellung festgehalten:

Handschenkung und Handkauf sind obligatorische Rechtsgeschäfte. Beiden wohnt eine causa inne, aus der der schuldrechtliche Charakter geboren wird. Insoweit tritt der Parallelismus der beiden Rechtstypen zutage. In der Art aber, wie sich die beiden causae, getreu ihrem Wesen, auswirken, zeigt sich der scharfe Gegensatz zwischen Kauf und Schenkung. Die causa donationis birgt das gegenseitige Versprechen der Parteien, „zu der Schenkung zu stehen“, in sich. Eine Gewährschaftshaftung löst sie nicht aus. Anders die causa des Handkaufs. Das Moment der Entgeltlichkeit, das in ihr ruht, läßt die Gewährleistungsgrundsätze unmittelbar aus ihr entstehen. Einer nur analogen Anwendung widerspricht auch die Geschichte des Handkaufs, der die Haftungsgrundsätze aus sich schuf. Die causae und ihre Wirkungen beweisen schon hinreichend den schuldrechtlichen Charakter der Handschenkung und des Handkaufs. Das Argument der gegnerischen Seite, daß die Handgeschäfte deshalb dinglicher Art seien, weil sie keinen Verpflichtungsvertrag enthielten, ist hinfällig. Bei Handschenkung und Handkauf geht dem Uebereignungsakt ein Verpflichtungsvertrag entweder vorauf, oder er fällt zeitlich mit ihm zusammen. Daß die Obligation bei der Handschenkung nicht rechtswirksam werden kann, ist nur auf die Formvorschrift des § 518 zurückzuführen. Die Handgeschäfte unterscheiden sich von dem eigentlichen Kontraktsystem nur dadurch, daß bei ihnen die Zeitspanne zwischen Verpflichtung und Erfüllung kleiner ist, ja manchmal überhaupt nicht in Erscheinung tritt. Daß die Obligation des Verpflichtungsvertrages in den seltensten Fällen hervortritt, weil eben bei den Handgeschäften die Erfüllung der Verpflichtung auf dem Fuße folgt, beweist nicht das Gegenteil. Zu diesem allen kommt noch die Schwierigkeit einer Trennung zwischen Handkauf und gewöhnlichem Kauf, sie ist überhaupt nicht streng durchführbar. Um eine einigermaßen klare Scheidung zwischen beiden Rechtstypen zu ermöglichen, erscheint es mit Endemann, Planck und Staudinger geraten, den Ladenkauf, Barkauf genannt, vom Handkauf zu trennen und sein Geltungsbereich auf seine schroffen Erscheinungsformen, wie den Automatenkauf und Schalterkauf, zu beschränken. Selbst in diesen Rechtsgeschäften offenbart sich der obligatorische Charakter, und es hieße, ihnen nicht gerecht werden, wollte man das Wirken des obligatorischen Momentes in Abrede stellen. Begegnet man auch heute noch Handgeschäften, aus denen die Parteien nicht verpflichtet sein wollen, liegt kein nur

realer Austausch vor, sondern die Haftung ist ausgeschlossen worden.

Handschenkung und Handkauf sind obligatorische Rechtsgeschäfte. Damit ist der gegnerischen Meinung, die in ihnen von Kauf und Schenkung begrifflich zu scheidende Rechtsgeschäfte sieht und deshalb bei der Einrede des Handgeschäftes im Prozeß die Beweislast umkehren will, das Urteil gesprochen. Aber auch der anderen Gruppe in der Wissenschaft, die zwar die obligatorische Rechtsnatur der Handgeschäfte bejaht, kann nicht gefolgt werden. Die Forderung nach der Umkehrung der Beweislast hat ihren Grund in der Vermengung von Beweislast und Beweiswürdigung, von Rechtsvermutungen und Erfahrungsvermutungen. Ordnet man die Erfahrungssätze richtigerweise im Gebiete der Beweiswürdigung ein und bewertet ihren Einfluß auf die richterliche Ueberzeugung angemessen, wird es ein leichtes sein, der hier vertretenen Ansicht zuzustimmen, daß die Beweislast auch bei den Handgeschäften nach wie vor beim Beklagten verbleibt und von einer Umkehrung der Beweislast keine Rede sein kann.

Lebenslauf.

Am 15. Oktober 1901 wurde ich, Karl Albrecht Niecke, als Sohn des evangelischen Lehrers Paul Niecke und seiner Ehefrau Klara, geb. Hainke, in Neudorf am Rennweg, Kreis Goldberg-Haynau, geboren. Von Ostern 1908 bis Ostern 1912 unterrichtete mich mein Vater in der Volksschule meines Geburtsortes. Dann besuchte ich 6 Jahre lang das Progymnasium zu Goldberg und anschließend das Städtische Gymnasium in Liegnitz, wo ich Ostern 1921 die Reifeprüfung ablegte. Mein juristisches Studium begann ich im S.-S. 1921 in Tübingen. Nach 3 Semestern bezog ich die Universität Hamburg, wo ich 2 Semester studierte. Vom W.-S. 1923 an hörte ich in Breslau noch 4 Semester und bestand am 25 März 1926 das erste juristische Staatsexamen. Seit dem 13. April 1926 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst am Land- und Amtsgericht in Liegnitz. Am 18. Juli 1927 legte ich bei der juristischen Fakultät der Universität Breslau mein Doktorexamen ab.